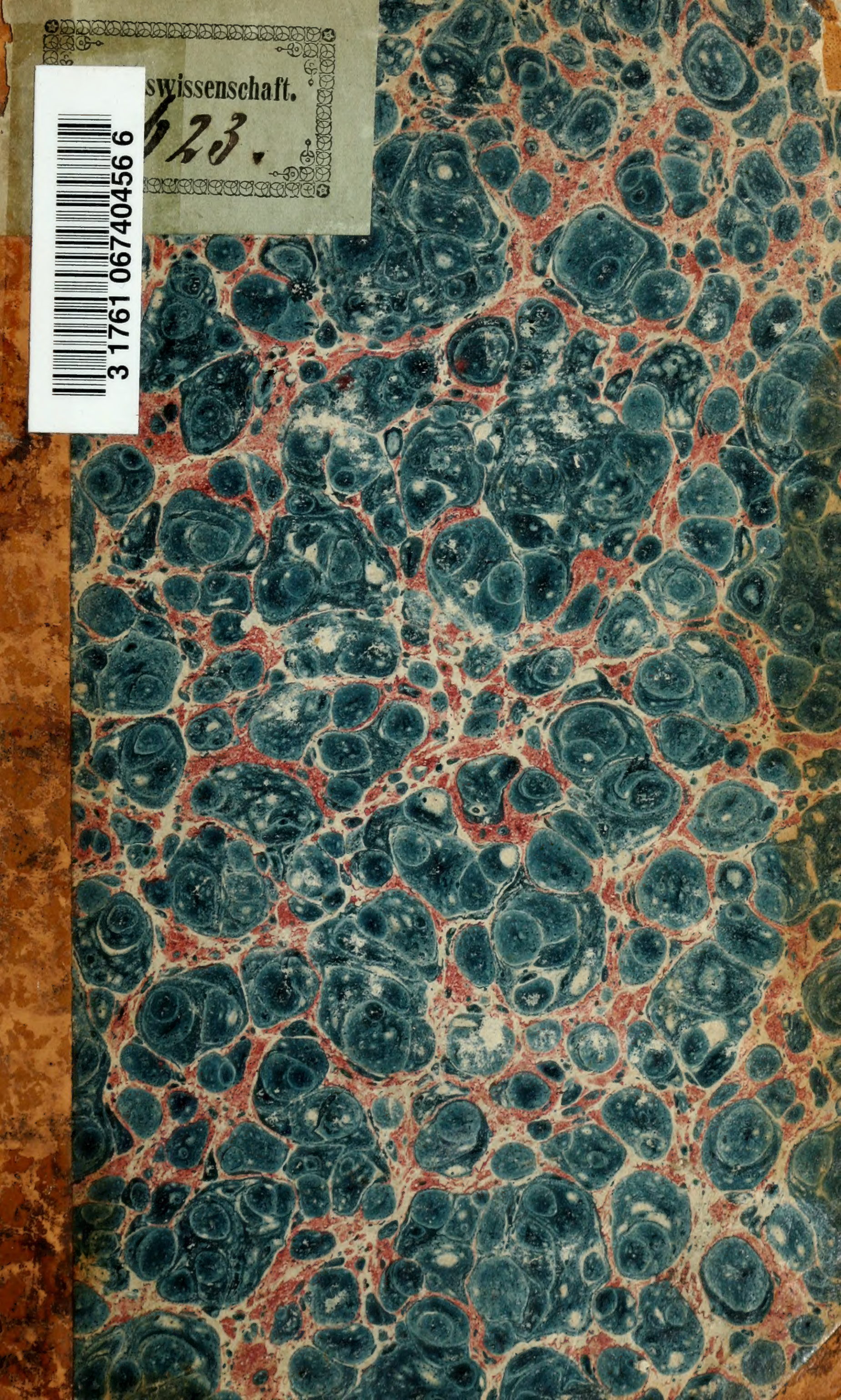










Handbuch

der

dilatorischen

Einwendungen

im

Civilprocesse.

Von

Dr. Franz Fischer,

k. k. ordentl. öffentl. Professor der Rechte zu Olmütz.

Wien, 1825.

Bei J. G. Ritter von Mösle sel. Witwe, am Graben Nro. 1144.

Dem wohlgebornen

Herrn

Johann Gottfried Ritter v. Rößler,

Doctor der Rechte, k. k. N. Oe. Regierungsrathe, Hof- und N. Oe. Kammerprocurator, Director der juridisch-politischen Studien, Präses der juridischen Facultät in Wien und emeritirten Decan derselben, emeritirten Rector der Wiener Universität rc.

hochachtungsvoll gewidmet.

Vorrede.

Von Joh. Zanger angefangen bis auf unsere Zeiten ist viel über die Lehre von den gerichtlichen Einwendungen geschrieben worden. So wenig daher auf der einen Seite das Verdienst deutscher Rechtslehrer um die Cultur dieser Lehre verkannt werden kann: eben so wenig ist aber auch auf der andern Seite zu läugnen, daß die Schriften derselben bei dem Studium des österreichischen Rechtes jene Hülfe nicht gewähren, welche fernere Bearbei=

tungen dieser Materie überflüssig machte; theils, weil sie blos auf das gemeine, bei uns nicht mehr geltende Recht, und zuweilen auf auswärtige Landesgesetze zurücksehen; theils nicht so erschöpfend sind, um auch nur hinreichenden Stoff zur Verarbeitung nach unserer vaterländischen Gesetzgebung darzubiethen.

Beinahe in keiner juristischen Materie gibt es mehr dunkles Recht als in jener der Einwendungen. Mit der Aufheilung dieses Dunkels ist aber für das practische Bedürfniß noch nicht hinreichend gesorgt. Der Beruf eines gerichtlichen Sachwalters erfordert nicht blos eine zerstreute und unzusammenhängende, sondern eine systematische Kenntniß der Rechtslehre von den Einwendungen; denn nur dann, wenn er diese besitzt, werden sich ihm bei Überdenkung der ihm anvertrauten Rechtsangelegenheit die anwendbaren Einwendungen sogleich darstellen, und er nicht Gefahr laufen, eine aus ihnen zu übersehen. In derselben Lage befindet sich auch der Richter, weil ihm – wie ich in diesem Handbuche zeige — zu-

weilen obliegt, verschwiegene Einwendungen von Amtswegen zu suppliren.

Dies gilt von den dilatorischen Einwendungen im vorzüglichen Grade; denn diese liegen oft so verborgen, daß das geübte Auge des Rechtskenners dazu gehört, um sie wahrzunehmen. Die Schwierigkeiten, die mit einem Werke, wie das vorliegende, wenn es in sich wahr und ausführlich seyn soll, verbunden sind, werden von billigen Sachkennern nicht übersehen werden. Ich kann meiner Arbeit nur eine Aufnahme wünschen, die der Mühe entspricht, welche ich darauf verwendet habe.

Bei allen einzeln erschienenen Verordnungen, die ich citirte, habe ich die Gesetzsammlung, wo sie zu finden sind, nachgewiesen. Für jene meiner Leser, welche mit den, über unsere vaterländischen Gesetze bestehenden Sammlungen nicht ganz bekannt seyn sollten, merke ich an, daß die blos mit einer Zahl, unter Vorsetzung des Buchstabens n. signir=

ten Verordnungen in der, unter dem Titel: „Ge-
„setze und Verfassungen im Justizfache“ bestehenden
Sammlung zu finden sind.

Olmütz im März 1824.

Fischer.

Inhalt.

Einleitung.

I. Hauptstück.

Von den verschiedenen Arten der dilatorischen Einwendungen.

I. Abschnitt.

Von den dilatorischen Einwendungen, die den Gerichtsstand und die Person des Richters betreffen.

II. Abschnitt.

Von den dilatorischen Einwendungen, welche sich auf die streitenden Theile und ihre Sachwalter beziehen.

III. Abschnitt.

Von den dilatorischen Einwendungen, welche aus der Art des Verfahrens entspringen.

IV. Abschnitt.

Von den dilatorischen Einwendungen, welche die Hauptsache selbst angehen.

II. Hauptstück.

Von den Obliegenheiten des Geklagten in Ansehung seiner dilatorischen Einwendungen.

III. Hauptstück.

Von den Wirkungen der dilatorischen Einwendungen.

Einleitung.

§. 1.

Natur einer Klage.

In jeder Klage behauptet der Kläger ausdrücklich oder stillschweigend, daß in dem geltenden Rechte ein Satz gegründet sey, aus welchem unter der Voraussetzung — wenn das in der Klage erzählte factische Verhältniß wahr ist — dasjenige Recht hervorgehe, worauf das hierin gestellte Begehren gerichtet worden ist. Jede Klage druckt also einen Vernunftschluß aus, welcher durch den ausdrücklich angeführten oder stillschweigend postulirten Rechtssatz — als Obersatz; durch das in der Klage angeführte Factum — als Untersatz; endlich durch das in derselben gestellte Begehren — als Schlußfolge gebildet wird a). Wenn der Kläger den Geklagten z. B. auf Ausstellung einer Quittung über eine an ihn bezahlte Schuld; — wenn er ihn auf Zahlung einer Spielschuld belangt: so ruht seine Klage auf der Assertion einer doppelten, nämlich einer rechtswissenschaftlichen und einer empirischen Wahrheit. Er behauptet nämlich: 1) daß in dem geltenden Civilrechte der Satz gegründet sey: »der Zahler ist be»rechtigt, von dem Empfänger eine Quittung über das Ge»zahlte zu begehren;« — »es gibt eine rechtliche Verbind»lichkeit zur Zahlung der Spielschulden«; 2) daß er dem Geklagten eine Schuld in dem angezeigten Betrage

bezahlt; — daß der Geklagte an ihn den eingeklagten Betrag im Spiele verloren habe und rückständig geblieben sey.

a) D. A. G. A. Müllner, allgemeine Elementarlehre der richterlichen Entscheidungskunde. Leipzig, 1812. §. 90.

§. 2.

Wann dieselbe an sich unstatthaft ist.

Der Satz, welcher im geltenden Rechte gegründet seyn müßte, damit aus dem in der Klage angeführten Factum das hierin angesprochene Recht mit logischer Richtigkeit folge, kann — als Regel betrachtet — entweder wahr oder falsch seyn. Ist er falsch, wie der Satz, daß es eine rechtliche Verbindlichkeit gebe, Spielschulden zu zahlen: so kommt es weiter gar nicht mehr darauf an, ob das Factum — daß der Geklagte den eingeklagten Betrag an den Kläger im Spiele verloren habe und rückständig geblieben sey — wahr oder ebenfalls falsch ist; die Klage bleibt ohne rechtlichen Grund (actio non est fundata). Ist er aber wahr, wie der Satz, daß der Zahler von dem Empfänger eine Quittung über das Gezahlte zu begehren befugt ist: so kommt es auf den factischen Grund der Klage, nämlich darauf an, ob rechtlich gewiß sey, daß der Kläger an den Geklagten das gezahlt habe, worüber er Ausstellung einer Quittung begehrt (actio est aut probata aut non probata). Ist nun jener Satz im Rechte nicht gegründet, oder wird dieses Factum nicht zur rechtlichen Gewißheit gebracht: so ist die angestellte Klage schon an sich unstatthaft.

§. 3.

Natur einer Einwendung.

Der Geklagte kann die Wahrheit des Rechtssatzes, worauf die Klage als ihrem rechtlichen Grunde ruht, als

Regel zugeben, aber behaupten, daß er sich im Falle der Ausnahme von dieser Regel befinde; also zu dem, was der Kläger begehrt, selbst dann nicht verhalten werden könne, wenn auch das Factum, wie es in der Klage vorkommt, wahr seyn sollte. Der Geklagte kann, um bei den gesetzten Beispielen stehen zu bleiben, zugestehen, daß der Satz: »der Zahler ist befugt, von dem Empfänger »die Ausstellung einer Quittung über das Gezahlte zu begehren«, als eine Regel gegründet sey; er kann zugeben, daß der Kläger an ihn den angezeigten Betrag gezahlt habe; aber er kann auch behaupten, daß er zur Zeit des Empfanges noch minderjährig gewesen, daher an ihn gültig die Zahlung nicht geleistet worden, und er sofort ausnahmsweise nicht verbunden sey, hierüber nunmehr nach erreichter Großjährigkeit abzuquittiren (actio est elisa). — Solche Anführungen des Geklagten, durch welche er behauptet, daß er sich im Falle der Ausnahme von jenem Rechtssatze als einer Regel, auf welchem die Klage als ihrem rechtlichen Grunde ruht, befinde, nennt das Römische Recht — exceptiones, im Deutschen heißt man sie Einwendungen oder Einreden.

§. 4.

Begriff derselben.

Nicht blos der Rechtssatz, auf welchem als einer an sich richtigen Regel das Klagbegehren ruht, kann Ausnahmen unterliegen, die dem Geklagten zu statten kommen, sondern dies kann auch bei andern Rechtssätzen der Fall seyn, durch deren Anwendung die Mittel bezeichnet werden, um den Hauptzweck der Klage, den der Kläger durch die richterliche Gewalt zu erreichen beabsichtiget, nämlich die Verurtheilung des Geklagten zu realisiren. Wenn der Kläger bittet, seinem Klagbegehren statt zu geben: so

bittet er auch um Anwendung aller Mittel, ohne welchen der Richter sich in ein Erkenntniß über das klagbar angesprochene Recht nicht einlassen kann. Führt nun z. B. der Geklagte an, daß das Gericht, bei welchem die Klage angebracht wurde, incompetent, — der Sachwalter des Klägers nicht hinreichend zum Processe legitimirt sey, u. dgl.: so bestreitet er deshalb weder den rechtlichen noch den factischen Grund der Klage; er behauptet noch nicht, daß er sich im Falle einer Ausnahme von jener Rechtsregel befinde, die den Rechtsgrund der Klage ausmacht, er läugnet nicht die Wahrheit des Satzes: »jeder Richter hat die »Streitsache durch Urtheil zu entscheiden« a) — als einer geltenden Regel, deren Anwendung der Kläger begehrt; allein er behauptet, daß der Fall der Incompetenz des Gerichtes, die mangelnde Legitimation des Sachwalters des Klägers zum Processe — Ausnahmsfälle jener Regel sind, in welchen sich der Richter in die Entscheidung der Streitsachen nicht einlassen kann. Solche Anführungen des Geklagten sind gleichfalls Einwendungen.

Man hat also unter Einwendungen (Einreden, exceptiones) alle jene Anführungen des Geklagten zu verstehen, durch welche er sich — abgesehen von der Wahrheit des in der Klage ausgedrückten Vernunftschlusses und anderer dem Kläger in der Eigenschaft einer Regel zu statten kommenden Rechtssätze — wider die Klage zu vertheidigen sucht.

a) Allg. Gerichts-Ordnung. §. 247.

§. 5.

Verschiedenheit der Vertheidigungsarten des Geklagten.

Aus dem Gesagten ergeben sich sofort zwei Arten,

auf welche sich der Geklagte gegen die Klage vertheidigen kann:

I. durch Bestreitung des in derselben aufgestellten Vernunftschlusses. Dieses geschieht:

1) durch Abläugnung des rechtlichen Grundes der Klage, indem der Geklagte zeigt, daß es in dem geltenden Rechte keinen Satz gibt, aus welchem — unter Voraussetzung der Wahrheit des in der Klage aufgeführten Factums — die Gerechtigkeit des Klagbegehrens mit logischer Gewißheit folgt. Es ist daher nicht genug, wenn der Rechtssatz, auf welchen sich der Kläger ausdrücklich stützte, an sich falsch ist, oder ungeachtet seiner Wahrheit dennoch aus demselben und dem Klagfactum das eingeklagte Recht nicht gefolgert werden kann; sondern damit der Geklagte von dieser Seite sicher sey, darf es überhaupt keinen geltenden Rechtssatz geben, aus dem — mit Hilfe des Factums der Klage — das angesprochene Recht mit Grunde hergeleitet werden kann, weil der Richter von Amtswegen auf Recht und Gesetze zu sehen hat, wenn sie auch von der Parthei irrig oder gar nicht angebracht worden sind a).

2) Durch Abläugnung des factischen Klaggrundes, indem der Geklagte ausdrücklich und insbesondere dem Factum widerspricht, aus welchem der Kläger mit Hilfe des rechtlichen Grundes das eingeklagte Recht herleitet. In diesem Puncte darf der Richter den Blößen, die der Kläger gab, durch seine Privatnotizen oder besseren Einsichten nicht zu Hilfe kommen, wenn er auch wüßte, daß ein anderes, von dem Kläger nicht angebrachtes, factisches Verhältniß besteht, aus welchem das eingeklagte Recht folgen würde, oder wenn er sieht, daß aus dem angebrachten Factum zwar nicht dieses, wohl aber ein anderes Recht

hervorgeht. Der Richter kann daher, wie gesagt, der Klage nicht nachhelfen, wenn der Kläger den factischen Klagegrund oder das Klagebegehren vergriffen hat. — Ist dagegen das von dem Kläger angeführte, von dem Geklagten aber abgeläugnete Factum von der Art, daß hieraus, wenn es zur rechtlichen Gewißheit gebracht wird, das eingeklagte Recht nach Vorschrift der Gesetze gefolgert werden kann: so hängt es davon ab, ob diese Gewißheit durch die Beweise des Klägers hergestellt, durch einen eigentlichen Gegenbeweis des Geklagten aber geschwächt oder gänzlich aufgehoben werde, um sofort beurtheilen zu können, ob das Klagbegehren an sich statt habe oder nicht.

II. Durch Einwendungen. Dem Geklagten steht zu, sich in seiner Vertheidigung entweder auf dieselben zu beschränken, oder sie mit der Bestreitung des Vernunftschlusses der Klage zu verbinden.

a) Hofd. v. 15. Jänner 1787, ii), n. 621. — S. auch Müllner's Elementarlehre, §. 94.

§. 6.

Practische Wirkung dieses Unterschiedes.

Diese Unterscheidung der Vertheidigungswege des Geklagten und die Feststellung des wahren Begriffes einer Einwendung ist vom practischen Interesse. Wenn nämlich der §. 47 der allg. Gerichts-Ordnung dem Kläger ohne weiters gestattet, solche neue Umstände und Beweismittel in der Replik beizubringen, welche blos zur Widerlegung des, von dem Geklagten in der Einrede, angebrachten Factums, und der hieraus hergeholten Einwendungen gerichtet sind, dagegen der §. 48 ihn außer diesem Falle anweist, vorläufig die Bewilligung zur Beibringung sol-

cher Replikneuerungen aufzusuchen: so ist der wahre Begriff einer Einwendung und dessen Unterschied von den übrigen Vertheidigungsmitteln des Geklagten zur richtigen Anordnung dieser Gesetze unentbehrlich.

§. 7.

Begründung desselben.

Dieser Unterschied liegt auch den Vorschriften unserer allgemeinen Gerichts-Ordnung, die sich mit diesem Gegenstande beschäftigen, zum Grunde. Dieß erhellet aus der Vergleichung der §§. 3 und 12 — mit den §§. 9 und 47 der allg. Ger. Ordnung. — Wenn nämlich durch jene verordnet wird, daß in der Klage das Factum, aus welchem das eingeklagte Recht entsprungen seyn soll, vollständig mit allen Umständen in der Zeitordnung angebracht, und die dem Kläger hierüber zustehenden Beweismittel sogleich angeführt und beigeschossen werden sollen; — dagegen vermög diesen der Kläger in der Replik ohne erhaltene Bewilligung nur solche neue Umstände oder Beweismittel beizubringen befugt ist, welche auf Widerlegung des Factums und der Einwendungen der Einrede gerichtet sind: so würde, wenn die in der Einrede vorkommenden, bloßen Verneinungen des Factums der Klage zu den Einwendungen zu zählen wären, die gesetzliche Anordnung — daß die zur Bewährung des Factums der Klage dienenden Behelfe sogleich in derselben angeführt und beigeschlossen werden sollen — ohne alle Wirkung seyn. Der Kläger könnte die Beibringung aller Beweismittel ohne Gefahr auf die Replik verschieben. Denn entweder widerspricht der Geklagte in seiner Einrede das Factum der Klage ausdrücklich und insbesondere, oder nicht. Im letztern Falle sind die nicht widersprochenen Thatumstände für wahr zu halten, also der Kläger von der Beweisführungslast enthoben a); im erstern

aber könnte er (wenn die bloßen Verneinungen schon Einwendungen wären) die Beweismittel über die widersprochenen Thatumstände mit Beziehung auf die §§. 9 und 47 der allg. G. O. frei in der Replik nachtragen. — Dies drückt die Praxis durch die kurze Formel aus; Negans non excipit b).

a) Allg. G. O., §. 11.

b) Der fernere Sinn dieses Satzes kommt unten §. 116, Note g), vor.

§. 8.

Eintheilung der Einwendungen.

Die Einwendungen sind in Rücksicht ihres Entstehungsgrundes, ihrer Dauer und Wirkung verschieden. Aus der ersten Rücksicht werden sie in Rechts- und Thateinwendungen; aus der zweiten in immerwährende und zeitliche; aus der dritten in dilatorische und peremtorische eingetheilt.

§. 9.

Rechts- und Thateinwendungen.

Rechtseinwendungen (exceptiones juris) heißen jene, die zunächst (unmittelbar) aus dem Gesetze entspringen; Thateinwendungen (exceptiones facti) dagegen werden jene genannt, die zunächst aus einer Handlung hervorgehen. Entfernt (mittelbar) entspringt die Rechtseinwendung ebenfalls aus einem factischen Verhältnisse, und die Thateinwendung aus dem Gesetze. Z. B. Wenn einer aus mehrern Mitschuldnern einer theilbaren Forderung von dem Gläubiger auf das Ganze geklagt wird: so ist die exc. divisionis, die er dem letztern entgegengesetzt, eine Rechtseinwendung, weil sie unmittelbar aus dem Rechtssatze — »daß mehrere Mitschuldner

»einer theilbaren Sache nur pro rata haften« — mittelbar aber aus dem Factum entspringt, daß sich diese Mitschuldner nicht ausdrücklich in solidum dem Gläubiger verpflichtet haben. — Wenn dagegen der Gläubiger seinen Schuldner vor der bedungenen Verfallszeit auf Zahlung klagt: so ist die ihm entgegengestellte exc. pluris petitionis tempore eine Thateinwendung, da sie zunächst aus dem Vertrage, entfernt aber aus dem Rechtssatze herzuleiten ist, daß sich in Vertragsangelegenheiten vor Allem an das gehalten werden muß, worüber die Partheien übereingekommen sind.

Eine Rechtseinwendung kann auch zur Thateinwendung werden, wenn das, was ohnehin schon in den Gesetzen gegründet ist, noch überdies durch einen gültigen Act festgesetzt wurde.

§. 10.

Immerwährende und zeitliche.

Immerwährende Einwendungen (exceptiones perpetuae) sind solche, die der Geklagte, es mag die Klage wider ihn noch so lange aufgeschoben werden, immer vorschützen kann. Jene dagegen, deren Anwendbarkeit auf einen gewissen Zeitraum eingeschränkt ist, und die insbesondere binnen kürzerer Zeit erlöschen, als die Klage, der sie entgegenstehen, aufgeschoben werden kann, heißen zeitliche Einwendungen (exceptiones temporales).

Hiebei ist jedoch zu bemerken, daß Einwendungen nur in dem Sinne immerwährend genannt werden, weil sie vor angestellter Klage nicht erlöschen. Im Laufe des Processes ist der Vortrag aller Einwendungen an Zeitfristen oder Zeitpuncte gebunden (s. hierüber unten, §. 112).

§. 11.

Peremtorische und dilatorische.

Peremtorische Einwendungen (auch zerstör-liche oder zerstörende genannt, exceptiones peremtoriae) heißen jene, aus welchen, in so fern sie zur rechtlichen Gewißheit gebracht werden, hervorgeht, daß es der Klage am Rechtsgrunde gänzlich mangle, oder doch für einen Theil des Klagbegehrens kein solcher vorhanden sey. Zielt aber eine Einwendung nicht dahin, die Unanwendbarkeit des rechtlichen Grundes der Klage auf diese Rechtssache, wegen eines dem Geklagten zu statten kommenden Ausnahms-falles darzuthun, sondern bezweckt der Geklagte blos Aufschub der Klage oder der Verhandlung über dieselbe, bis auf einen gewissen Zeitpunkt oder bis zur Hebung eines gewissen Hindernisses: so ist sie eine dilatorische Einwendung (exceptio dilatoria), welche auch eine verzögerliche oder verzögernde genannt wird.

§. 12.

Begründung des Unterschiedes zwischen zeitlichen und dilatorischen, immerwährenden und peremtorischen Einwendungen.

Häufig werden die Ausdrücke »immerwährende und »peremtorische« eben so wie »zeitliche und dilatorische Ein-»wendung« für gleichbedeutend genommen. Der Anlaß hie-zu mag daher entstanden seyn, weil die peremtorischen Einwendungen gewöhnlich auch immerwährende, die dilatorischen oft nur zeitliche sind. Diese beiden Eigenschaften treffen aber nicht bei allen Einwendungen zusammen; daher ist es um deren richtiger Beurtheilung Willen erforderlich, den Begriff der immerwährenden und zeitlichen Einwendung von jenem der peremtorischen und dilatorischen zu trennen.

1) Eine peremtorische Einwendung kann blos eine zeitliche seyn. Ein Beyspiel hievon liefert die except. non numeratae pecuniae privilegiata des Röm. Rechtes, welche dem Aussteller eines Schuldscheines zustand, wenn er aus demselben auf Zahlung geklagt wurde, die aber nicht länger als zwei Jahre von Zeit der Ausstellung dieses Schuldscheines dauerte, also eine blos zeitliche, wiewohl eine peremtorische war. In unserem Civilprocesse findet zwar diese privilegirte Einwendung nicht statt a); allein auch bei uns können peremtorische Einwendungen mit einer blos zeitlichen Natur aus Verträgen oder letztwilligen Anordnungen entspringen. — Der Fall könnte folgender seyn: A entnahm von B ein Darleben, und stellte ihm hierüber einen Schuldschein aus. B gestand seinem Schuldner A. allenfalls in einer besondern Urkunde eine dreijährige Zurückzahlungszeit mit dem Beisatze zu, daß, wenn er ihn vor dieser Verfallszeit auf Zahlung klagen sollte, er alles Recht aus dem Darlehenscontracte verloren haben will. Die Einwendung nun, die für den Schuldner A hieraus entsteht, ist zwar peremtorisch, aber blos zeitlich. Wird er nämlich erst nach drei Jahren geklagt: so kann er von derselben keinen Gebrauch machen. Wird er aber vor dem Verfalle belangt: so wird er sich nicht blos mit der verzögernden Einwendung pluris petitionis tempore schützen, sondern die Auflösung alles Rechtes auf Seite des Klägers einwenden, und dessen gänzliche Abweisung bewirken können. Sollte B wiederhohlt klagen: so steht dem A die immerwährende Einwendung abgeurtheilter Sache zu Gebothe.

2) Blos dilatorische Einwendungen sind oft immerwährende. Als Beyspiel mag die exc. ordinis dienen, die dem Bürgen gegen den Gläubiger zusteht, wenn er von ihm früher aus der Bürgschaft be-

langt wird, bevor die Schuld bei dem Hauptschuldner eingemahnt wurde. Sie ist immerwährend, weil sich der Bürge, es mag die Klage wider ihn noch so lange aufgeschoben werden, derselben bedienen kann, in so fern der Hauptschuldner noch nicht gemahnt worden ist. Sie ist aber blos dilatorisch, da sie durch die Mahnung des Hauptschuldners gehoben wird.

a) Patent v. 1. März 1787, n. 636. — Die so genannte exc. non num. pecun. ist jedoch keine wahre Einwendung, sondern gehört zur Abläugnung des factischen Klagegrundes.

§. 13.

Gegenstände der dilatorischen Einwendungen.

Alle dilatorischen Einwendungen, sie mögen immerwährende oder blos zeitliche seyn, beziehen sich entweder

1) auf den **Gerichtsstand**, bei welchem der Rechtsstreit verhandelt und entschieden werden soll, und auf die **Person des Richters**; oder

2) auf die **streitenden Theile** und **ihre Sachwalter**; oder

3) auf die **Art des Verfahrens**; oder

4) auf die **Streitsache** (merita causae) **selbst** a).

a) S. T. Rivini Specimen exceptionum forensium. Halae et Lips. 1730. pag. 6. seq.

I. Hauptstück.

Von den verschiedenen Arten der dilatorischen Einwendungen.

I. Abschnitt.

Von den dilatorischen Einwendungen, die den Gerichtsstand und die Person des Richters betreffen.

§. 14.

Aufzählung derselben.

Die auf den Gerichtsstand und die Person des Richters sich beziehenden, dilatorischen Einwendungen sind:

1) die Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes (exceptio fori declinatoria s. incompetentis judicis);

2) der Streitanhängigkeit (exc. litis pendentiae);

3) des befangenen Richters (exc. suspecti judicis).

§. 15.

Einwenduug des nicht gehörigen Gerichtsstandes.

Die Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes hat dann statt, wenn die Klage bei einer Gerichtsstelle an-

gebracht wurde, welcher die Gerichtsbarkeit hierüber nicht zukommt. Diese Incompetenz entsteht nach Verschiedenheit der Fälle aus drei Ursachen:

1) bei bloßen Personalklagen, wenn der Geklagte für seine Person der Gerichtsbarkeit dieses Gerichtes nicht unterworfen ist; ausgenommen, dasselbe würde als besonderer Gerichtsstand des Contracts, der Streitgenossenschaft, der verbundenen Streitsachen, der geführten Verwaltung, der Wiederklage, der Aufforderungsklage, der Verbothes- oder Arrest-Rechtsfertigungsklage, als delegirter oder prorogirter Gerichtsstand eintreten;

2) bei Real- und sonstigen Klagen, welche einer besondern Gattung der Gerichtsstände, z. B. den Berggerichten, zugewiesen sind, wenn die Streitsache der Gerichtsbarkeit des Richters, bei welchem die Klage angebracht wurde, nicht untersteht a);

3) ohne Rücksicht auf die Gattung des Klagerechtes, wenn eine, mit der jetzt angebrachten zusammenhängende Klage, die nämlich aus eben demselben Factum entspringt, schon bei einem andern Gerichte anhängig gemacht wurde b).

a) Es liegt außer den Gränzen dieses Handbuches, die vielfachen Beschränkungen auszuführen, welchen diese beiden Regeln unterworfen sind, zumahl hierüber die Darstellungen der Jurisdictions-Normen eines v. Scheidlein, Helfert, Neupauer, Kostetzky, Auskunft enthalten. Insbesondere über die Prorogation der Gerichtsstände siehe in des Hrn. Appellations-Vicepräsidenten Pratobevera Materialien fur Gesetzkunde und Rechtspflege, Bd. IV, die Abhd. IV des Hrn. Prof. Wagner.

b) Allg. G. O., §. 40.

§. 16.

Beschränkung derselben bei dem Zusammenhange der Streitsachen.

So allgemein auch die Anordnung des §. 40 der allg. G. O. dahin lautet, daß, sobald eine mit der angebrachten Klage zusammenhängende Streitsache schon bei einem andern Richter anhängig ist, hieraus für den Geklagten die Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes entspringe: so unterliegt dieselbe doch in Verbindung mit andern gesetzlichen Bestimmungen einer zweifachen Beschränkung:

1) Hat jener, der in einer bereits anhängigen Streitsache als Kläger erscheint, aus dem nämlichen Factum eine weitere Klage anzubringen: so tritt für dieselbe der Gerichtsstand der zusammenhängenden Streitsachen dann **nicht** ein, wenn sie einem besonderen Gerichtsstande zugewiesen ist. Z. B. In dem Kaufvertrage um eine unbewegliche Sache wird festgesetzt, daß der Kaufschilling dafür zwar sogleich bezahlt, und der Käufer als Eigenthümer in die öffentlichen Bücher eingetragen werden, die physische Übergabe der verkauften Sache jedoch erst nach Ablauf von drei Jahren geschehen, und der Verkäufer schuldig seyn soll, die von dem schon gezahlten Kaufpreise bis zum Tage der Besitzeinräumung laufenden 5% Zinsen jährlich dem Käufer zu entrichten. Hier entspringt für den Käufer das Recht, sowohl auf die Verzinsung des gezahlten Kaufpreises, als auf die Einräumung des körperlichen Besitzes der erkauften Sache nach Ablauf des dreijährigen Termines aus dem nämlichen Factum — aus dem Kaufcontracte. Ist nun der Verkäufer mit der Zinsenentrichtung säumig; und will ihn der Käufer auf den Ruckstand belangen; so gehört die diesfällige Klage — weil sie bloß

auf Zahlung einer bestimmten Summe Geldes gerichtet ist, und nicht wegen eines dinglichen Rechtes auf ein unbewegliches Gut geführt wird — vor die Personalinstanz des Verkäufers als Geklagten. Hängt dieser Rechtsstreit noch, als der vertragsmässige Termin zur Corporal-Übergabe der verkauften Sache kommt: so kann dem Käufer als fernern Kläger die Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes aus dem Grunde des Zusammenhanges der Streitsachen nicht entgegengesetzt werden, wenn er die Klage auf Einräumung des körperlichen Besitzes der erkauften Sache bei der Realinstanz anbringt, weil alle Klagen, die wegen eines dinglichen Rechtes in Betreff eines unbeweglichen Gutes entstehen, ausschließend demjenigen Richter zugewiesen sind, dessen Gerichtsbarkeit dieses unbewegliche Gut unterworfen ist a).

2) Wenn jener, der in einem schon anhängigen Rechtsstreite als Geklagter erscheint, wider den Kläger aus den nämlichen Factum klagen zu können glaubt: so kann er mit seiner Klage an den Gerichtsstand des Zusammenhanges der Streitsachen nicht gewiesen werden, wenn dieselbe nach der Beschaffenheit des Streitobjectes zu einer Widerklage bei dem nämlichen Richter nicht geeignet ist. — Man setze den Fall: in dem um ein unbewegliches Gut geschlossenen Kaufe wurde festgesetzt, daß die Zahlung des Kaufpreises in drei, — die Übergabe der Sache aber in sechs Monathen zu geschehen habe. Nach Ablauf dreier Monathe wird der Käufer von dem Verkäufer auf Zahlung des Kaufschillings bei der Personalinstanz des erstern belangt, da diese Klage keine Realklage ist. Der Geklagte glaubt sich nicht nur dagegen mit der Zahlung, Compensation oder einer andern Einwendung schützen zu können, sondern er will auch bei verstrichenem Termine zur Übergabe des Kaufsgegenstandes, ungeachtet

der Rechtsstreit wegen Zahlung des Kaufpreises noch schwebt; hierauf klagen. Obgleich nun sowohl das Recht auf den Kaufschilling für den Verkäufer, als jenes auf Übergabe der erkauften Sache für den Käufer aus dem nämlichen Factum — aus dem Kaufcontracte entspringt: so kann doch für die Klage auf Übergabe des Kaufsgegenstandes der Gerichtsstand des Zusammenhanges nicht eintreten, sondern sie ist bei der Realinstanz anzubringen, indem dieselbe aus dem unter 1) angeführten Grunde nach der Natur des Streitobjectes in eine Widerklage vor dem nämlichen Forum nicht eingeleitet werden kann, sondern der Realinstanz zugewiesen ist.

a) Patent v. 5. März 1784, §. 9, n. 257. S. auch Jos. Helfert: Versuch einer systematischen Darstellung der Jurisdictionsnorm; Wien, 1819, §. 20, b).

§. 17.

Die exceptio de expectando arbitrio ist eine Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes.

Haben die Partheien ein rechtsgültiges, mit den gesetzlichen Erfordernissen a) versehenes Compromiß geschlossen: so ist kein Theil einseitig befugt, die dem Ausspruche des Schiedsrichters unterzogene Rechtsangelegenheit mit Übergehung desselben vor den ordentlichen Richter zu bringen. Geschieht es dennoch: so steht dem Geklagten aus dem Compromisse eine Einwendung (exc. de expectando arbitrio) zu. Diese ist nichts anderes, als die Einwendung des nicht gebührenden Gerichtsstandes, und nach den für dieselbe geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. — Denn sobald die Gesetze gestatten, daß sich die Partheien auf einen Schiedsrichter vergleichen dürfen: so haben sie zugleich für den Fall, wenn ein solches Compromiß wirklich

zu Stande kommen sollte, die Gerichtsbarkeit des ordentlichen Richters in Ansehung der, dem schiedsrichterlichen Ausspruche vertragsmäßig unterzogenen, Rechtssache entweder ganz aufgeboben (wenn sich die Partheien ausdrücklich alles weitern Rechtszuges begeben haben), oder doch suspendirt (wenn eine solche ausdrückliche Verzichtleistung nicht geschehen ist) b). Das Compromiß hat hier in Betreff der Competenz des ordentlichen Richters die nämliche Wirkung, als wenn die Gesetze unmittelbar die Entscheidung der in Frage stehenden Rechtssache dem Schiedsrichter übertragen hätten. — Es mag nun die Gerichtsbarkeit des ordentlichen Richters als ganz aufgehoben oder nur als suspendirt erscheinen: so bleibt es wahr, daß er auf eine mit Uebergehung des Schiedsrichters eingereichte Klage ungebührlich einschreiten würde; es muß also die Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes statt haben c).

a) A. G. O. §. 270.

b) Ebenda. §§. 273 und 274.

c) Diese Erörterung ist deswegen von practischer Wichtigkeit, weil zur Vorbringung der den Gerichtsstand ablehnenden Einwendungen ein kürzerer Termin, als für andere Einreden vorgeschrieben ist. M. s. unten §. 112.

§. 18.

Die Einwendung incompetentis arbitri ist nicht bei dem Schiedsrichter vorzubringen.

Wird im entgegengesetzten Falle jemand bei einem Schiedsrichter belangt, vor welchem er sich — entweder weil er auf denselben gar nicht, oder doch nicht für diese Streitsache compromittirte, oder aus einer andern Ursache — auf die Klage einzulassen nicht schuldig zu seyn glaubt:

so ist nicht der Fall vorhanden, wo sich der Geklagte nach der Anweisung des §. 40 der allg. G. O. zu benehmen, also die Competenz des eingeschrittenen Schiedsrichters vor ihm zu bestreiten, und dessen Ausspruch hierüber abzuwarten hätte; wiewohl es scheint, daß der in der Stelle des eben erwähnten §s: »Glaubte der Beklagte, daß dem Richter, bei welchem »geklagt wird, die Gerichtsbarkeit nicht gebührte u. s. w. vorkommende Ausdruck »R i c h t e r« auch den Schiedsrichter in sich begreife. Denn

1) die Rechte und Verbindlichkeiten des Schiedsrichters als solchen entstehen aus dem Compromisse und dem Receptum, sie sind also vertragsmäßige. Nun darf aber kein Vertragstheil über den Umfang seiner Vertragsrechte und Verbindlichkeiten rechtsgültig urtheilen, also kann auch der Schiedsrichter über seine Competenz nicht entscheiden.

2) Ein Erkenntniß des Schiedsrichters über die Frage: ob die von dem Geklagten angebrachte Einwendung der Incompetenz statt habe? — würde eine wahre petitio principii enthalten, weil jeder Act einer Gerichtsbarkeit des Schiedsrichters das gültig bestehende Compromiß voraussetzt.

3) Wenn nun der Schiedsrichter über seine Competenz ein Urtheil zu schöpfen nicht befugt ist: so wäre auch eine bei demselben dagegen angebrachte Einwendung nicht an ihrem Platze, sondern der Geklagte mag diese Klage gänzlich ignoriren. Sobald nun der Schiedsrichter zur Schöpfung eines Contumazurtheiles übergehen, und dann die Execution aus demselben bei dem ordentlichen Richter des Geklagten begehrt werden sollte a): so muß diesem auch der Ausweis vorgelegt werden, daß der eingeschrittene Schiedsrichter zur Entscheidung der Streitsache b e f u g t war. Dieses Befugniß erhellet aus dem schiedsrichterlichen C o n t u m a z u r t h e i l e a l l e i n nicht; es wird daher

2 *

der, um die Vollstreckung desselben angegangene, ordentliche Richter den Geklagten vorläufig über die Richtigkeit des Compromisses zu vernehmen, ihn mit seinen Einwendungen dagegen zu hören, und nach gepflogener Verhandlung die angesuchte Execution zu bewilligen, oder die bethetene Vollstreckung der von dem Schiedsrichter erlassenen Executionsbewilligung vorzunehmen oder zu verweigern haben.

a) M. s. die Resolution v. 31. Octob. 1785, qq), n. 489.

§. 19.

Einwendung der Streitanhängigkeit.

Viele Ähnlichkeit mit der Einwendung des nicht gebührenden Gerichtsstandes hat die Einwendung der Streitanhängigkeit. Beide treffen darin zusammen, daß ihre Geltendmachung den Richter hindert, sich in die Entscheidung der Hauptsache einzulassen, und ihn bestimmt, die Klage von sich wegzuweisen; allein alle Gründe, auf welche die Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes gebaut werden kann (§. 15.), sind von der Beschaffenheit, daß sie voraussetzen, es gebühre über die angebrachte Klage zwar nicht jenem Richter, bei welchem sie eingereicht worden ist, wohl aber einem andern Richter die Gerichtsbarkeit. Hiedurch unterscheidet sie sich von der Einwendung der Streitanhängigkeit; denn die Klage, welcher diese entgegensteht, kann, so lange die Streitanhängigkeit dauert, bei gar keinem Richter angebracht werden.

§. 20.

Wann sie statt habe.

Die Einwendung der Streitanhängigkeit findet wider eine Klage dann statt, wenn eben diese Streitsache bereits

früher anhängig gemacht worden und noch anhängig ist. Ob sie bei eben demselben, oder bei einem andern Gerichte anhängig sey, ist gleichgültig. Denn obwohl der §. 40 der allg. G. O. nur des Falles erwähnt, wenn eben diese Streitsache bei einem andern Richter anhängig ist: so lehrt doch kein Gesetz, daß es erlaubt sey, die nämliche Streitsache bei dem nämlichen Richter doppelt anhängig zu machen. — Ist die anhängig gewesene Streitsache durch richterliches Erkenntniß, durch Vergleich, Verzichtleistung oder auf andere Weise schon beendigt: so findet die Einwendung der Streitanhängigkeit keine Anwendung, wohl aber treten andere Einwendungen an deren Stelle.

§. 21.

Fortsetzung.

Es ist wohl zu bemerken, daß der §. 40 der allg. G. O. die Einwendung der Streitanhängigkeit nicht auf den Fall einschränkt, wenn eben diese Klage, die ohnehin anhängig ist, nochmahls angebracht wird, sondern er gestattet sie, wenn eben diese Streitsache schon früher anhängig gemacht wurde und noch schwebt. Das Gesetz unterscheidet nicht, von welcher der beiden Partheien der früher anhängig gewordene Rechtsstreit anhängig gemacht wurde. Hieraus folgt, daß die Einwendung der Litispendenz nicht nur dann statt hat, wenn die in einer noch anhängigen Streitsache als Kläger aufgetretene Parthei eben diese nochmahls klagbar anbringt, also doppelt als Kläger erscheint, sondern daß sie zuweilen auch dann eintreten kann, wenn der, in dem schon anhängigen Rechtsstreite erscheinende, Geklagte den Kläger belangt.

§. 22.

Fortsetzung.

1. Demjenigen, der in einer anhängigen Rechtssache als Kläger auftrat, steht, wenn er wider denselben Geklagten bei dem nämlichen oder einem andern Richter eine fernere Klage einbringt, die Einwendung der Streitanhängigkeit entgegen, wenn die neuerlich angebrachte Klage in Rücksicht des Klagerechts (genus actionis) und des Klagbegehrens a) von der schon ohnehin anhängigen nicht unterschieden ist, in so lange der Kläger von der früher anhängig gewordenen Klage nicht durch ausdrückliche, gerichtliche Erklärung abgelassen hat. — Sollte der Kläger, allenfalls bewogen durch die ihm auf seine zweite Klage eingewendete Litispendenz, von seiner frühern Klage abstehen, und sich, zur Entkräftung dieser Einwendung, in der Replik auf diese gerichtliche Erklärung der Klagablassung beziehen: so cessirt zwar dieselbe, weil jene frühere Klage in der That nicht mehr anhängig ist, aber — der Kläger ist aus dem Regen in die Traufe gekommen. Es ist ihm nämlich nicht gestattet, von einer anhängigen Klage in der Absicht abzustehen, um die neuerlich einzureichende mit neuen Behelfen und Beweismitteln zu instruiren b), sondern das Gesetz c) erlaubt dem Kläger nur, entweder die zurückgenommene Klage für immer ruhen zu lassen, oder mit geändertem Klagerechte oder Klagbegehren neuerlich einzureichen. Dies will nichts anderes sagen, als daß die gerichtliche Erklärung des Klägers — er stehe von einer angestrengten Klage ab — als eine Verzichtleistung desselben auf jene Rechte anzusehen sey, die er durch die zurückgenommene Klage verfolgen wollte, und welche durch das Klagbegehren, in dem sie ausgedrückt sind, und durch den Rechtsgrund (titulus), aus

dem sie der Kläger verleitete, individualisirt werden. — Wenn es nun dem Kläger nicht erlaubt ist, die zurückgenommene Klage, mit neuen Beweismitteln unterstützt, wiederhohlt anzubringen: so kann ihm auch nicht zustehen, dieselbe ohne neuen Behelfen wieder einzureichen; – wenn ferner die Abstehung von der Klage eine Verzichtleistung des Klägers auf das eingeklagte Recht in sich schließt: so kann auch die später anhängig gemachte Klage, welcher die Einwendung der Streitanhängigkeit entgegengesetzt wurde, und die in Ansehung des Klagerechtes und Klagbegehrens mit der zurückgenommenen eben dieselbe ist, nicht mehr bestehen, da ihr die zerstörende Einwendung der im Mittel liegenden Klagablassung (exc. litis renunciatae) im Wege steht.

Diesen Nachtheilen entgeht der Kläger nur dann, wenn er von der früher anhängig gemachten Klage mit Vorbehalt der Einreichung einer neuen — für welche nun die später angebrachte, mit der Einwendung der Litispendenz angefochtene zu gelten hat — absteht, in so fern der Geklagte diesen Vorbehalt zugestehen will. Sollte sich der letztere dessen weigern: so ist dem Kläger anzurathen, lieber seine spätere Klage wegen Streitanhängigkeit verwerfen zu lassen, die früher anhängig gewordene aber fortzusetzen, und sich, wenn die spätere Klage mit neuen Behelfen unterstützt gewesen seyn sollte, lieber nach Maß, als der früher anhängig gewordene Rechtsstreit in seinem Laufe bereits vorgeschritten ist, mit einem Klagnachtrage, oder dem Gesuche um Bewilligung zur Beibringung neuer Behelfe in der Replik, oder der Einsetzung in den vorigen Stand ob noviter reperta zu helfen.

a) Sollte die neuerliche Klage blos eine Verminderung der Summe enthalten, dieser geringere Betrag aber aus dem

nämlichen, rechtlichen und factischen Grunde gefordert werden, auf welchem die frühere Klage ruht: so ist sie doch die nämliche, weil der Theil im Ganzen enthalten ist. Arg. l. 7. pr. D. de except. rei judic.

b) Hofd. v. 15. Jänner 1787, c), n. 620. — S. auch Franz Georg Edlen von Kees: Kommentar über Josephs des Zweyten allgemeine Gerichtsordnung. Wien, 1789, §. 49, n. 5.

c) Allg. G. O. §. 49.

§. 25.

Fortsetzung.

II. Wenn derjenige, wider welchen eine noch anhängige Klage angestellt wurde, den Kläger belangt: so steht seiner Klage die Einwendung der Streitanhängigkeit entgegen, wenn er dasjenige, was er durch diese besondere Klage erzwecken will, mit der nämlichen Wirkung in Gestalt einer Einwendung gegen die wider ihn früher anhängig gemachte Klage geltend machen kann. — So würde z. B. dem, welcher aus einem Schuldscheine auf Zahlung des hierin verschriebenen Darlehens belangt wurde, wenn er lite pendente auf Annullirung dieses Schuldscheines, — so wie jenem, der auf Übergabe einer verkauften Sache geklagt wurde, wenn er bei noch anhängigem Rechtsstreite auf Ungültigkeitserklärung dieses Kaufcontractes klagen würde, — allerdings die Streitanhängigkeit mit Erfolg eingewendet werden können; indem es nur bei dem Geklagten steht, an der Stelle einer Klage auf Annullirung des Schuldscheines oder Kaufcontractes, jene Behelfe, aus welchen er diese Nichtigkeit darthun zu können glaubt, der Klage auf Zahlung des Darlehens oder Übergabe der erkauften Sache entgegen zu setzen, und sich hiedurch von der eingeklagten Leistung zu befreien. Wird

dann erkannt, daß er das eingeklagte Darlehen zu bezahlen, oder die Übergabe der Sache zu leisten nicht schuldig sey: so schützt ihn dieses Urtheil gegen jeden weitern, diesfälligen Anspruch, und er kann hiemit die Löschung der etwa in den öffentlichen Büchern eingetragenen Schuldverschreibung oder Kaufsurkunde erwirken. — Standen dem Geklagten in den angefuhrten Beispielen jene Behelfe, aus welchen die Richtigkeit des Schuldscheines oder Kaufcontractes erhellen soll, zur Zeit seiner erstatteten Einrede noch nicht zu Gebothe: so wäre ihm doch nicht das Recht eigen, nach Erlangung derselben eine besondere Annullirungsklage anzubringen, sondern er müßte sich, nach Beschaffenheit der Proceßlage, entweder mit einem Nachtrage zu seiner Einrede, oder mit dem Ansuchen um Bewilligung zur Beibringung der Neuerungen in der Duplik, oder mit der Einsetzung in den vorigen Stand wegen neu vorgefundenen Beweismitteln helfen.

Es muß jedoch, wie gesagt, — damit die Einwendung der Streitanhängigkeit wider den als Kläger auftretenden Geklagten Anwendung finde — der Fall so geartet seyn, daß der letztere das Recht, was er nun selbst klagbar verfolgen will, mit der nämlichen Wirkung in Gestalt einer Einrede gegen die frühere Klage geltend machen kann. Wenn daher in den oben angeführten Beispielen die Klage auf Annullirung des Schuldscheines oder Kaufcontractes früher angestellt worden wäre: so kann dies den Gläubiger oder Käufer nicht hindern, die Klage auf Zurückzahlung des Darlehens oder Übergabe der erkauften Sache, obgleich der Annullirungsproceß noch schwebt, anzubringen. Denn wenn auch der Anleiher oder Verkäufer mit seinem Klagbegehren um Richtigerklärung des Schuldscheines oder Kaufcontractes abgewiesen wird: so kann doch der Gläubiger oder Käufer aus diesem Urtheile

keine Execution wegen Zahlung des Darlehens oder Übergabe des Kaufsgegenstandes führen, weil diese Leistungen dem Kläger hierin nicht aufgetragen worden sind; — sondern er muß auf dieselben abgesondert klagen, und das zu seinen Gunsten über die Annullirungsklage ausgefallene Erkenntniß gewährt ihm keinen andern Vortheil, als daß er allen Einwendungen, welche der Geklagte über die Klage auf Zahlung des Darlehens oder Übergabe des Kaufsgegenstandes wider die Gültigkeit des Schuldscheines oder Kaufcontractes erheben sollte, rem judicatam entgegen setzen kann. — Es hat also in den beispielsweise gesetzten Fällen für den Gläubiger oder Käufer nicht die nämliche Wirkung, ob er sich gegen die Annullirungsklage des Anleihers oder Verkäufers blos vertheidiget, oder nebst dieser Vertheidigung überdieß auf Zahlung oder Übergabe klagbar auftritt, und es wäre allen Schuldnern, die ihre eingegangenen Verpflichtungen nicht erfüllen wollen, ein sehr willkommenes Mittel, wenn es nichts weiter bedürfte, als kurze Zeit vor dem Verfallstage auf Annullirung der Contracte und der hierüber bestehenden Urkunden zu klagen, diesen Proceß in die Länge zu ziehen, um den Gläubiger in der Geltendmachung seiner schon fälligen Forderung zu lähmen, und sich für den Einklagungsfall derselben die Einwendung der Streitanhängigkeit vorzubereiten.

§. 24.

Zeitpunkt des Anfangs der Litispendenz.

Es erübriget jetzt noch ein Merkmal aufzustellen, aus welchem entnommen werden kann, ob — und seit welcher Zeit eine Streitsache anhängig ist.

Eine Streitsache ist seit dem Tage anhängig, an welchem die, bei dem gehörigen Richter angebrachte,

Klage dem Geklagten zugestellt worden ist. Die Einreichung der Klage bewirkt für sich allein noch keine Litispendenz, und andere gerichtliche Vorkehrungen, welche — wie z. B. Pränotations-Arrest- und Verbothsgesuche — die Klage blos vorbereiten und veranlassen, haben ungeachtet ihrer Zustellung an den Imploraten diese Wirkung gleichfalls nicht. — Dies geht aus dem §. 17 der Jurisdictions-Norma für Mähren und Schlesien v. 5. März 1784, welcher in den für die andern Provinzen ergangenen Jurisdictionsnormen gleichfalls wörtlich enthalten ist, hervor. Daselbst heißt es: »Ist eine Streit»sache vor dem gebührenden Richter anhängig gemacht, »und die Klage zugestellet worden; so ist dieselbe vor eben »diesem Richter bis an ihr Ende fortzusetzen, wenn auch »der Beklagte in der Zwischenzeit seine persönliche Ei»genschaft veränderte.« Hiedurch ist nun festgesetzt, daß der Kläger, wenn der Geklagte nach Einreichung der Klage, jedoch noch vor der Zustellung derselben, seine persönliche Eigenschaft oder seinen Wohnort verändern sollte, dem durch Veränderung der persönlichen Eigenschaft oder des Wohnortes competent gewordenen Gerichtsstande des Geklagten nachzugeben habe; es wäre aber ein Widerspruch, die Streitanhängigkeit schon durch Einreichung der Klage für gegründet anzusehen, ungeachtet die Schuldigkeit des Geklagten, sich vor diesem Richter in den Proceß einzulassen, noch davon abhängt, ob er zur Zeit der Zustellung derselben der Gerichtsbarkeit eben dieses Richters unterworfen seyn werde. — Diese Grundsätze gelten auch für jene Fälle, in welchen die Competenz des Gerichtsstandes nicht von der persönlichen Eigenschaft oder dem Wohnorte des Geklagten abhängt.

Muß zur Vertretung des Geklagten wegen dessen unbekannten Aufenthaltsortes oder aus einem andern Grunde

ein Curator aufgestellt werden: so ist der Tag, an welchem die Klage diesem Curator zugestellt wurde, — und, wenn die Klage dem abwesenden Geklagten mittelst der Post zugeschickt wird: so ist nicht der Tag der Aufgabe auf die Post, sondern der wirklichen Zustellung die Richtschnur bei der Untersuchung des Zeitpunktes der angefangenen Streitanhängigkeit a).

a) Hofd. v. 30. Novemb. 1789, h), n. 1081.

§. 25.

Einwendung des befangenen Richters.

Wenn ein Richter wegen eines persönlichen Verhältnisses, in welchem er mit einer der streitenden Partheien oder ihrem Rechtsfreunde steht oder doch stand, oder wegen einer Verflechtung mit der Streitsache selbst über dieselbe nicht Richter seyn kann: so ist der Fall vorhanden, wo die Einwendung des befangenen Richters statt hat. Ist das Gericht, bei welchem der Rechtsstreit anhängig ist, ein aus mehreren geprüften Beisitzern bestehendes Collegialgericht — wie die Landrechte und regulirten Magistrate — und betrifft eine solche Bedenklichkeit blos den einen oder den andern Rath, so zwar, daß das Gericht außer diesem noch immer so besetzt werden kann, wie es das Gesetz a) zu einer gültigen Urtheilsschöpfung fordert: so hat diese Einwendung nichts streitverzögerndes an sich, da sie keine andere Wirkung haben kann, als daß das auf solche Art befangene Mitglied der Gerichtsstelle von der Berathschlagung und Stimmgebung in dieser Rechtssache auszuschließen ist. — Diese proceßverzögernde Eigenschaft hat sie daher nur in folgenden Fällen:

1) wenn das Gericht, wie die obrigkeitlichen Justizämter, aus einem einzigen Individuum besteht;

2) bei jenen Collegialgerichtsbehörden, die — wie die meisten Magistrate der Provinzialstädte — aus einem rechtskundigen, geprüften und mehrern ungeprüften Gliedern bestehen, in so fern der geprüfte Rath wegen Befangenheit nicht Richter in dieser Streitsache seyn kann, weil dann niemand vorhanden ist, der das Referat zu führen geeignet wäre;

3) bei allen Collegialgerichten überhaupt, wenn durch diese Einwendung so viele Beisitzer derselben betroffen werden, daß sie mit Ausschluß derselben nicht mehr hinreichend besetzt werden können.

a) Allg. Instruction für die Justizstellen v. 9. Sept. 1785, I. Abthl., §. 45, n. 464, und Hofd. v. 14. Novemb. 1786, n. 594.

§. 26.

Wann sie statt habe.

Die Ursachen, welche zu der erwähnten Einwendung berechtigen, sind a):

1) wenn der Rechtsstreit die Gattin des Richters angeht, er mag mit ihr in ehelicher Gemeinschaft oder von Tisch und Bett geschieden leben;

2) wenn er Blutsverwandter eines der streitenden Theile in auf- oder absteigender Linie ist, es mag die Verwandtschaft aus ehelicher oder unehelicher Geburt entspringen; das zwischen dem Richter und der Parthei etwa bestehende Adoptionsverhältniß gibt keinen Grund zur Perhorrescenz des erstern aus der Rücksicht einer Verwandtschaft ab, weil das Gesetz nur von Blutsverwandten redet, und unsere Gesetze überhaupt eine aus der Adoption entstehen sollende Verwandtschaft (cognatio civilis s. legalis) ignoriren b);

3) wenn der Richter und eine Parthei Geschwister-kinder sind, oder er mit ihr in der Seitenlinie noch näher (also im dritten oder zweiten Grade) verwandt ist, gleichfalls ohne Rücksicht auf eheliche oder uneheliche Geburt; ist also der Richter zwar mit einer Parthei im vierten Grade der Seitenlinie verwandt, aber sind sie nicht Geschwisterkinder: so ist er deßhalb von der Verwaltung des Richteramtes nicht auszuschließen, weil das Gesetz aus dem vierten Verwandtschaftsgrade der Seitenlinie blos von Geschwisterkindern, nicht aber von andern Verwandten gleichen Grades redet, und selbst der §. 65 des allg. b. G. B. das Ehehinderniß der Verwandtschaft im vierten Grade der Seitenlinie auf Geschwisterkinder einschränkt, also eine Ehe zwischen einem Manne und der Enkelin seines Bruders oder seiner Schwester, wiewohl sie im vierten Grad verwandt, aber keine Geschwisterkinder sind, allerdings zuläßt; es kann daher auch z. B. der Richter in Angelegenheiten, welche die Enkel seines Bruders oder seiner Schwester betreffen, ungehindert der Verwandtschaft das Richteramt ausüben;

4) wenn die lebende oder verstorbene Gattin des Richters mit einer Parthei auf solche Art verwandt ist oder war, daß, wofern dieses Verwandtschaftsverhältniß zwischen ihr und dem Richter selbst bestünde, er ebenfalls von der Verwaltung des Richteramtes in dieser Rechtssache ausgeschlossen wäre;

5) Wenn der Richter mit dem, in diesem Rechtsstreite einschreitenden, Sachwalter einer Parthei in jenem Grade verwandt ist, in welchem Grade ihn die Verwandtschaft mit der Parthei selbst von der Intervenirung in dieser Rechtssache ausschließen würde c); — von einem Hindernisse aus der Schwägerschaft mit dem Sachwalter der Parthei macht das Gesetz keine Erwähnung;

6) wenn der Rechtsstreit das Mündel oder den Pflegebefohlenen des Richters, oder

7) eine Parthei angeht, mit der er in großer Feindschaft lebt;

8) wenn er in eben dieser Rechtsangelegenheit einer Parthei als Rechtsfreund bestellt war d);

9) wenn er aus dem Rechtsstreite einen unmittelbaren oder mittelbaren Nutzen oder Schaden zu erwarten hat;

10) wenn er Gläubiger oder Schuldner einer Parthei ist, die Summe der Schuld mag groß oder klein seyn e);

11) wenn er (aussergerichtlich) in das Rechtsgeschäft Einfluß gehabt, oder zur Errichtung jener Urkunde mittelbar oder unmittelbar gewirket hat, worüber nun der Streit entsteht f). Mußte er jedoch in seiner Eigenschaft als Richter in dieses Geschäft Einfluß nehmen: so kann er nur dann das Richteramt in dieser Rechtssache nicht ausüben, wenn eine Parthei ihr Recht darauf gründet, daß sein Einfluß ordnungs- und gesetzwidrig gewesen ist g).

a) Allg. Instruction I. Abthl. §. 62.

b) Thomas Dolliner: Handbuch des in Oesterreich geltenden Eherechts. Wien und Triest, 1813, Bd. I, §. 59.

c) Hofd. v. 4. Mai 1787. n. 674.

d) Dies kann geschehen, wenn z. B. ein Advokat ein Richteramt erhält.

e) Hofd. v. 8. Febr. 1787, n. 627.

f. Hofd. v. 21. März 1793, n. 92.

g) Hofd. v. 26. Juny 1793, n. 112 und 25. Novemb. 1796, n. 325. — Wurde der Richter in dem Processe von einer Parthei als Zeuge aufgeführt: so kann er über denselben das Urtheil nicht schöpfen, weil ihm nicht zustehen kann, zu entscheiden, ob der durch ihn angebothene Zeugenbeweis entscheidend sey oder nicht. Zuweilen wird aber hievon auch Mißbrauch gemacht, indem man die Glieder der Gerichtsstelle

über unerhebliche Umstände blos zu dem Zwecke als Zeugen führt, um dieselben, wiewohl keine rechtmäßigen Gründe zur Perhorrescenz vorliegen, von der Entscheidung des Rechtsstreites zu entfernen, und die Delegation eines andern Richters herbei zu führen.

§. 27.

Beschränkung ihrer Anwendbarkeit.

Der Einwendung des befangenen Richters kann sich der Geklagte aber nur dann bedienen, wenn er es ist, dem nach den gewöhnlichen Laufe der Dinge die Befangenheit des Richters zum Nachtheile gereichen könnte. Ist nicht er es, sondern der Kläger, der sich über des Richters Verdächtigkeit beklagen könnte: so kann dieser durch eine ausdrückliche Verzichtleistung auf die Delegation eines andern Gerichtes den Richter in den Stand setzen, ohne Gefahr einer Nullität in diesem Processe das Richteramt auszuüben. Eben so kann der Geklagte, wenn ihm diese Einwendung gebührt, mit der nämlichen Wirkung derselben ausdrücklich entsagen, wenn nicht der Kläger schon vor Einreichung seiner Klage durch das Obergericht die Aufstellung eines delegirten Richters erwirkt, und sofort bei diesem die Klage angebracht hat.

II. Abschnitt.

Von den dilatorischen Einwendungen, welche sich auf die streitenden Theile und ihre Sachwalter beziehen.

§. 28.

Begriff der Legitimation und Eintheilung derselben.

Die verzögernden Einwendungen, welche die streitenden Partheien und ihre Sachwalter zum Gegenstande haben, betreffen den Mangel ihrer Legitimation (exceptiones inhabilitatis et deficientis legitimationis personarum).

Unter Legitimation (Rechtfertigung) versteht man jenen Act, wodurch die Partheien oder ihre Sachwalter beweisen, daß sie zur Verrichtung jener Handlungen, die sie bei Gerichte vornehmen, berechtiget sind.

Die Legitimation ist zweifach:

1) Legitimation zum Processe (legitimatio ad processum s. ad acta);

2) zur Praxis (legitimatio ad praxim). Die erste Art der Legitimation geht die Partheien und ihre Sachwalter an; die zweite bezieht sich blos auf die Rechtsbeistände der Partheien a).

a) Es gibt zwar noch eine dritte Art der Legitimation, nämlich die Rechtfertigung zur Sache (legitimatio ad causam), von derselben wird aber erst im IV. Abschnitte dieses Hauptstückes gehandelt.

§. 29.

Legitimation der Partheien zum Processe.

Die Legitimation der Partheien zum Processe ist dann vorhanden, wenn rechtlich gewiß ist, daß ihnen

das Recht zukommt, in Civilstreitsachen als Kläger oder Geklagte selbst vor Gericht zu erscheinen. Dieses Recht ist in der Regel nur jenen Personen eigen, welchen die Gesetze die Verwaltung ihres Vermögens nicht eingeschränkt haben a). Dieser Grundsatz entscheidet zuoberst über die Legitimation der Partheien zum Processe. Sobald nun von einer solchen oder wider eine solche Parthei selbst, die sich nicht in der freien Verwaltung ihres Vermögens befindet, eine Klage angebracht wird: so steht ihr in der Regel (§. 31.) die Einwendung mangelnder Legitimation zum Processe entgegen.

a) Allg. G. O. §§. 63 und 64.

§. 31.

Aufzählung der Personen, welchen diese mangelt.

Die Gründe, aus welchen die Gesetze gewissen Personen die Verwaltung ihres Vermögens eingeschränkt haben, liegen vorzüglich in der aus ihrem minderjährigen Alter oder andern Ursachen hervorgehenden Unfähigkeit, ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen, und die Personen, welche deshalb weder als Kläger noch als Geklagte in Civilstreitsachen selbst vor Gericht erscheinen können, sind:

1) Minderjährige a), nähmlich solche Personen, die das 24. Jahr ihres Lebens noch nicht zurückgelegt haben b); es wäre denn, daß sie wegen Emancipation c), Großjährigkeitserklärung mit Nachsicht der Jahre, oder wegen dem ihnen von der Behörde verstatteten Betriebe einer Handlung oder eines Gewerbes d) für großjährig anzusehen waren. — Bei Ausländern, welche im hiesigen Staate als Kläger oder Geklagte auftreten wollen oder sollen, wird die Frage: ob sie fur groß- oder minderjährig zu achten sind? nach den Gesetzen des Ortes, denen sie ver-

mög ihres Wohnsitzes, oder wenn sie keinen eigentlichen Wohnsitz haben, vermög ihrer Geburt als Unterthanen unterliegen, beurtheilt e).

2) Solche Großjährige, für welche die Fortdauer der väterlichen Gewalt oder der Vormundschaft vom Gerichte verwilliget und öffentlich bekannt gemacht wurde, so lange die hiefür bestimmte Zeit nicht abgelaufen, oder bei unbestimmt gelassenem Termine die diesfällige gerichtliche Verordnung nicht aufgehoben worden ist f).

3) Solche Personen, welche für wahn- oder blödsinnig, oder als Verschwender gerichtlich erklärt und dem zu Folge unter die Curatel gesetzt worden sind g); dann jene nicht blödsinnige Taubstumme, welche nach Antritt des 25. Jahres auf ihr Verlangen einen Curator erhalten haben h); endlich alle zur Todes-, zur schweren oder schwersten Kerkerstrafe verurtheilten Verbrecher vom Tage des ihnen kundgemachten Urtheiles, und so lange bei den letztern die Strafzeit dauert i).

Criminalinquisiten, selbst wenn sie sich im Verhafte befinden, dann die zum Kerker des ersten Grades verurtheilten Verbrecher verlieren deshalb personam standi in judicio nicht, und obwohl sie durch die Anhaltung im Untersuchungsgefängnisse oder Kerker an der persönlichen Erscheinung vor dem Civilgerichte verhindert werden: so hat ihr unverlornes Recht zur Proceßführung im eigenen Nahmen doch einen wesentlichen Einfluß auf die persönliche Fähigkeit, einen Sachwalter zu bevollmächtigen, wovon unten (§. 57) gehandelt werden wird k).

a) Allg. b. Gzb. §. 243.
b) Ebenda §. 21.
c) Ebenda §. 174.
d) Ebenda §. 252.
e) Ebenda §. 34.

f) A. b. Gzb. §§. 172, 251, und 275.
g) Ebenda §. 273.
h) Ebenda §. 275.
i) Ebenda §. 279. Strafgesetz, Theil I. §. 23. c)
k) Nach den Hofdecreten v. 23. Aprill 1792, n. 9. — 30. Juli 1792, n. 37 und 12. Sept. 1793. n. 124 bedürfen die unterthänigen Gemeinden in Steyermark, Kärnten und Krain zur Anstellung einer Civilklage der Bewilligung des Kreisamtes oder der Landesstelle, und nach einem für Gallizien erlassenen Hofdecrete v. 9. Juli 1808, n. 852 können städtische Gemeinden ohne vorläufige Bewilligung der Landesstelle keinen Proceß anhängig machen. — Auch die Militärmannschaft vom Feldwebel abwärts kann ohne Bewilligung des Regiments- oder Corpscommando nicht als Kläger auftreten.

§. 31.

Fälle, in welchen sie doch vor Gericht handeln können.

Obgleich den im vor. §. benannten Personen im Allgemeinen die rechtliche Fähigkeit mangelt, als Kläger oder Geklagte in Civilprocessen selbst vor Gericht zu erscheinen: so können doch für einige aus ihnen auch Ausnahmfälle eintreten, in welchen ihnen das Befugniß zur gerichtlichen Rechtsverfolgung zusteht. Diese sind:

1) Wenn die Streitsache dasjenige Vermögen betrifft, was eine unter der väterlichen Gewalt oder der Vormundschaft, jedoch außer der Verpflegung der Ältern, stehende Person durch ihren Fleiß erworben hat. Steht sie noch in der Verpflegung der Ältern: so gehören auch die Einkünfte dieses Vermögens zur Bestreitung der Erziehungskosten a), es mangelt ihr also hierüber das freie Dispositionsrecht.

2) Wenn es sich nur um jene Sachen handelt, die einer solchen Person nach erreichter Mündigkeit, nämlich nach zurückgelegtem 14. Lebensjahre b) zum Gebrauche eingehändiget worden sind c). Sachen, die einem nunmehr Mündigen noch während seiner Unmündigkeit zum Gebrauche übergeben, und nach Erreichung der Mündigkeit nicht zurückgenommen wurden, sind nach den Gründen des Gesetzes offenbar denjenigen gleich zu halten, welche demselben erst nach erreichter Mündigkeit zu diesem Zwecke überlassen worden sind.

3) Wenn in Ansehung desjenigen Überschusses der reinen Einkünfte, dessen freie Verwaltung einem Minderjährigen, der das 20. Lebensjahr schon zurückgelegt hat, von der Obervormundschaft überlassen worden ist, oder in Betreff der von dem Minderjährigen hierüber eingegangenen Verpflichtungen ein Rechtsstreit entsteht. d). — Denn wenn jeder befugt ist, sein Recht gerichtlich einzuklagen und zu vertheidigen, dem die Gesetze die Verwaltung seines Vermögens nicht eingeschränkt haben (s. §. 29.): so kann sich die rechtliche Unfähigkeit einer Person, selbst als Kläger oder Geklagter aufzutreten, nicht weiter ausdehnen, als sich die gesetzliche Beschränkung der Vermögensverwaltung, welche der Grund und Maßstab dieser Unfähigkeit ist, selbst erstrecket; — wenn ferner ein Minderjähriger für unfähig erklärt wird, als Kläger oder Geklagter vor Gericht zu erscheinen e): so ist der Grund vorzüglich der, weil er nicht befugt ist, für sich allein etwas von dem Seinigen zu veräußern, oder eine Verpflichtung auf sich zu nehmen f), und es kann diese rechtliche Unfähigkeit der Minderjährigen zur gerichtlichen Rechtsverfolgung nur auf jene Fälle bezogen werden, in welchen sie wirklich als Minderjährige zu betrachten sind, sie findet aber dort keine Anwendung, wo das Gesetz selbst den Minder-

jährigen mit den Rechten eines Großjährigen begabt hat. Nun kommt aber einer unter der väterlichen Gewalt oder der Vormundschaft stehenden Person über die, unter 1) bis 3) erwähnten Sachen das freie Dispositionsrecht zu, also muß sie auch, wenn sie in dieser Hinsicht Rechte erworben oder Verpflichtungen eingegangen haben soll, befugt seyn, ohne väterlicher oder vormundschaftlicher Vertretung zu klagen und sich zu vertheidigen g).

4) Wenn es sich um die Scheidung der Ehegatten von Tisch und Bett, aber auch nur um diese, und nicht zugleich um das Vermögen, den Unterhalt der Ehegatten oder die Versorgung der Kinder handelt. Denn ein minderjähriger oder pflegebefohlener Ehegatte kann für sich selbst in die Scheidung einwilligen h), also muß er auch berechtigt seyn, für sich selbst hierauf zu klagen, und wenn er deshalb belangt wird, sich zu vertheidigen i).

a) A. b. Gzb. §. 150.
b) Ebenda §. 21.
c) Ebenda §§. 151 und 246.
d) Ebenda §. 247.
e) Ebenda §. 243.
f) Ebenda §. 244.
g) Nach Röm. Rechte ist hierüber gar kein Zweifel, denn es heißt in L. 4. §. 1. D. de castrensi peculio ausdrücklich: Actionem persecutionemque castrensium rerum semper filius, etiam invito patre habet.
h) A. b. Gzb. §. 106. Hierbei versteht sich jedoch von selbst, daß er nicht rasend, wahn- oder blödsinnig seyn dürfe.
i) Auch das Hofd. v. 23. August 1819, §. 5. (in W. G. Goutta's Fortsetzung der von Joseph Kropatschek verfaßten Sammlung der Gesetze, Bd. XLII. S. 40 ff.) erkennt dieses an. — Wer zum Processe legitimirt sey, wenn Sachenrechte in die Frage kommen, kommt unten (§. 53) vor.

§. 32.

Legitimation der Sachwalter zum Processe.

Die Legitimation der Sachwalter zum Processe liegt in dem Ausweise, daß sie zur Proceßführung im Nahmen der Parthei, als deren Sachwalter sie sich darstellen, berechtiget sind. Kommt nicht hervor, daß sie dieses Recht haben: so kann sich der Gegner der Einwendung mangelnder Legitimation zum Processe bedienen.

Um das Detail der Fälle, in denen diese Einwendung statt hat, deutlich einzusehen, und sich eine erschöpfende Kenntniß von den Bedingungen zu verschaffen, unter welchen von ihr in den verschiedenen Rechtsangelegenheiten Gebrauch gemacht werden kann, muß man auf die Gründe, aus denen die Legitimation des Sachwalters zum Processe entstehen kann, und auf die Arten, auf welche er sich über das Daseyn seines Rechtes zur Proceßführung im fremden Nahmen auszuweisen hat, zurückgehen.

Die Legitimation der Sachwalter zum Processe entsteht aus einem dreifachen Grunde:

1) unmittelbar aus dem Gesetze;

2) aus einem Auftrage der Behörde, und

3) aus einem rechtsgültigen Privatwillen. Kann daher derjenige, der sich als Sachwalter darstellt, sein Recht zur Proceßführung nicht auf eines dieser Fundamente der Legitimation gründen: so tritt er unberufen auf, und es steht ihm die aus diesem Mangel herzuleitende Einwendung entgegen.

§. 33.

Unmittelbar durch das Gesetz legitimirte Sachwalter. I. Das Fiscalamt.

Unmittelbar aus dem Gesetze sind folgende Personen zur Proceßführung im fremden Nahmen legitimirt:

I. Das Fiscalamt für folgende Rechtsangelegenheiten und Personen, dafern der Rechtsstreit in jener Provinz zu führen ist, für welche dasselbe errichtet wurde:

1) Für die Kammeral- und Bancalgefälle, sie mögen unter der eigenen Aerarialregie, einer ständischen Administration, einer Pachtung oder sonstigen Verwaltung stehen;

2) für die landesfürstlichen Regalien; für alle aus den Majestätsrechten, der Territorialhoheit oder den Privatrechten des Landesfürsten fließenden Gerechtsame, worin diese immer bestehen mögen; für das Interesse des Landes, seines Fürsten oder dessen Aerariums, wenn dasselbe in einer Streitsache direct oder indirect verflochten ist;

3) für jene Gewerkschaften, Fabriken oder Privatpartheien, denen der Landesfürst aus Pachtungen oder andern bürgerlichen Contracten, aus ertheilten Privilegien oder sonstigen rechtsgültigen Titeln zur Gewährleistung und Vertretung verbunden ist;

4) für den Landesfürsten in Lehensangelegenheiten;

5) für die milden Stiftungen a);

6) für die landesfürstlichen Pfarren und Beneficien, dann für jenes unter Aerarialverwaltung stehende Vermögen, das von aufgehobenen Stiftern, Klöstern oder andern Gemeinden herrühret b);

7) für jene Kirchen, über welche der Landesfürst oder der Religionsfond das Patronatsrecht hat c);

8) für die Unterthanen — wofür nicht nur die behausten Rusticalisten, sondern auch alle Dominicalisten, Inleute und Grundholden, welche als Unterthanen angelobet haben, das ist: welche entweder in Ansehung ihrer Person oder Sache, oder ihrer Person und Sache zugleich dem obrigkeitlichen Gerichtsstande unterliegen, anzusehen sind — in Rechtsangelegenheiten wider ihre Obrigkeit; es mag der Unterthan als Kläger oder Geklagter auftreten, und die Streitsache aus dem Unterthänigkeitsverbande oder aus einem andern Rechtsverhältnisse entspringen d). Weil daher die Legitimation des Fiscalamtes zur Vertretung der Unterthanen wider ihre Obrigkeit unmittelbar in dem Gesetze liegt: so hat sich dasselbe auch mit keiner ausdrücklichen Vollmacht von den ersteren zu rechtfertigen e).

Jedoch wird die für das Fiscalamt in dem Gesetze gegründete Legitimation zum Processe abfällig:

1) wenn der Streit von der Beschaffenheit ist, daß das Fiscalamt sowohl den Kläger als den Geklagten zu vertreten hätte; denn in diesem Falle soll dasselbe von der Vertretung sowohl des einen als den andern Theiles ganz entfernet, und jedem Theile von der Landesstelle ein besonderer Vertreter von Amtswegen bestellet werden f);

2) wenn sich ein Unterthan in einem Rechtsstreite mit seiner Obrigkeit der Wohlthat, durch das Fiscalamt unentgeltlich vertreten zu werden, ausdrücklich begeben, und allenfalls einen andern Sachwalter bevollmächtiget hat g).

a) Durch das Hofkanzleidecret v. 28. Aprill 1807 (in Joseph Kropatschek's Sammlung der Gesetze, Bd. XXIII. S. 210) wurden aus Gelegenheit der Frage wegen Vermögenssteuerentrichtung die Witwenversorgungsgesellschaften für eine fromme Anstalt erklärt.

b) Allg. Instruct. für Fiscalämter v. 10. März 1783. §§. 1 — 6. n. 124.

c) Hofentschließung v. 27. Juni 1786 (s. Vollständige Sammlung aller, seit dem glorreichen Regierungsantritt Joseph des Zweiten für die k. k. Erbländer ergangenen höchsten Verordnungen und Gesetze. Wien, bei Trattnern, Thl. VI. S. 272).

d) Unterthanspatent v. 1. Sept. 1781, §. 32. n. 23 u. Hofd. v. 26. Sept. 1797. n. 378.

e) Hofd. v. 6. Juli 1792 (in Joseph Kropatschek's Gesetzsammlung Bd. I. S. 691).

f) Hofd. v. 30. Novemb. 1789. n. 1080.

g) Directorial-Hofdecret an sämmtliche Länderstellen v. 1. Sept. 1797 (in Jos. Kropatschek's Gesetzsammlung. B. X. S. 244) und Hofd. v. 7. Octob. 1797 (ebenda S. 363.).

§. 34.

II. Der Vater für seine minderjährigen Kinder.

Unmittelbar durch das Gesetz ist

II. der leibliche Vater für seine ehelichen und die denselben gleich geachteten legitimirten, und der Adoptivvater für seine Adoptivkinder zum Processe legitimirt, so lange dieselben minderjährig sind a); denn auch der Adoptivvater hat die väterliche Gewalt über seine minderjährigen Wahlkinder, und zwischen ihm und diesen finden, so weit das Gesetz keine Ausnahme macht, gleiche Rechte wie zwischen ehelichen Aeltern und Kindern statt b). Hieraus folgt, daß, wenn das Recht eines unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen im Civilrechtswege klagbar geltend gemacht werden soll, die Klage von dem Vater in gesetzlicher Vertretung seines Kindes anzustellen sey, und wenn dagegen ein solcher Minderjähriger geklagt werden soll, die Klage wi-

der dessen Vater als seinen gesetzlichen Vertreter gerichtet werden muß c), sonst ist dieselbe, wenn sie etwa von oder wider den Minderjährigen selbst angebracht worden wäre, zu verwerfen (§§. 29 u. 30).

a) A. b. Gzb. §. 152.
b) Ebenda §. 183.
c) A. G. O. §. 64.

§. 35.

Fälle, in welchen die gesetzliche Legitimation des Vaters zum Processe für seine minderjährigen Kinder cessirt.

Es gibt jedoch auch Fälle, in welchen das Recht und die Pflicht des Vaters, seine minderjährigen Kinder zu vertreten, daher seine gesetzliche Legitimation zum Processe für dieselben cessirt. Diese sind:

1) wenn einer der oben (§. 31.) aufgeführten Fälle eintritt, in welchen der Minderjährige selbst personam standi in judicio hat: so hört der Vater auf, für denselben zum Processe berechtigt zu seyn, sobald der Minderjährige seinen Willen hinreichend, z. B. durch Bevollmächtigung eines andern Sachwalters, erklärt hat, von seinem Vater nicht vertreten werden zu wollen a). So lange aber eine solche Willenserklärung des Minderjährigen nicht vorliegt, bleibt sein Vater allerdings dessen aus dem Gesetze legitimirter Vertreter, und er hat nicht nöthig, sich mit einer Vollmacht zur Proceßführung von seinem minderjährigen Kinde auszuweisen, weil das Gesetz dem Vater die Verbindlichkeit, seine minderjährigen Kinder zu vertreten, auflegt, ohne Rücksicht, ob das Vermögen, um welches es sich handelt, ihr unbeschränktes Eigenthum

ist, und sie den Proceß selbst zu führen berechtigt wären oder nicht;

2) wenn der Rechtsstreit zwischen dem Vater und seinem minderjährigen Kinde; oder zwischen dem letztern und einem andern minderjährigen Kinde desselben Vaters; oder zwischen dem minderjährigen Kinde und der Ehegattin des Vaters geführt werden soll b). Unter diesen Umständen kann der Vater sein minderjähriges Kind nicht vertreten, da er auch zur Vertretung des andern Theiles, z. B. seiner Gattin, durch das Gesetz berufen ist, es muß also für dasselbe die Aufstellung eines besondern Curators für diesen Rechtsstreit bei Gericht begehrt werden c), wenn nicht der Minderjährige auf die Vertretung des Vaters gültig (siehe dies. §. unter 1.) Verzicht leistet, und denselben hiedurch in den Stand setzt, die Vertretung des Gegentheiles übernehmen zu können d).

a) Daß er zu einer solchen Erklärung befugt sey, fließt aus seinem Rechte, den Proceß selbst zu führen.

b) Hätte die Ehegattin auf die Vertretung durch ihren Ehemann gültig Verzicht gethan (s. unten §. 37. 5): so fällt auch dieses Hinderniß weg.

c) A. b. Gzb. §. 271.

d) Fällt ein Rechtsstreit zwischen zwei Minderjährigen vor, bei welchen der Vater des einen — Vormund des andern ist: so bleibt seine gesetzliche Legitimation zum Processe für sein minderjähriges Kind aufrecht, und es ist blos für den Pupillen die Aufstellung eines besondern Curators gerichtlich zu begehren, weil das allg. b. Gzb. §. 272 nur für den Fall, wenn zwischen zwei oder mehrern Minderjährigen, die eben denselben Vormund haben, Rechtsstreitigkeiten vorfallen, verordnet, daß der Vormund keinen von beiden vertreten dürfe. Hievon ist der obige Fall wesentlich verschieden.

§. 36.

Welche Aelterntheile sind zur Vertretung ihrer minderjährigen Kinder durch das Gesetz nicht legitimirt?

Weil nur der Vater für seine ehelichen und Adoptivkinder, so lange sie minderjährig sind, aus dem Gesetze zum Processe gerechtfertigt ist (§. 34.), und dieses obligatorische Recht aus der väterlichen Gewalt entspringet: so folgt, daß auf andere Aelterntheile diese Legitimation nicht zu beziehen sey. Diese sind:

1) der Vater eines unehelichen Kindes; denn dasselbe wird durch einen Vormund vertreten a);

2) der Vater eines ehelichen Kindes, wenn dasselbe von einem Manne adoptirt worden ist, weil an den Adoptivvater die väterliche Gewalt mit ihren Rechtsfolgen b) übergeht, wozu auch die Verbindlichkeit gehört, seine minderjährigen Kinder zu vertreten;

3) die Mutter (eheliche, uneheliche oder Adoptivmutter), der Großvater und die Großmutter haben über ihre Kinder und rücksichtlich ihre Enkel keine väterliche Gewalt, sie sind nur bei Abgang eines zur Vertretung fähigen Vaters und in Ermanglung eines testamentarischen Vormundes vorzugsweise zur Vormundschaft berufen c), sie sind also keine gesetzlichen Vertreter ihrer Kinder und Enkel, sondern deren Vertretung liegt ihnen nur dann ob, wenn sie die Vormundschaft wirklich übernommen haben. — Es kann daher auch die Mutter eines unehelichen Kindes, wenn sie nicht zu dessen Vormünderin vom Gerichte bestellet wurde, den Proceß gegen den unehelichen Vater auf Abreichung des Unterhaltes für dasselbe nicht anhängig machen, weil das Recht auf Unterhalt ein Recht des Kindes ist, dessen Durchsetzung dem Vormunde obliegt, wiewohl

es beinahe in allen Fällen von der Mutter abhängen wird, wen sie als Vater bezeichnen, und welche Beweismittel sie zur Darthuung der Vaterschaft dem Vormunde an die Hand geben wolle.

a) A. b. Gzb. §. 166.
b) Ebenda §§. 147 — 152.
c) Ebenda §. 198.

§. 37.

III. Der Ehemann für seine Gattin.

Unmittelbar durch das Gesetz ist

III. Der Ehemann für seine Gattin in allen Rechtsangelegenheiten zum Processe legitimirt, weil er schuldig ist, sie in allen Vorfällen zu vertreten a). Es gibt jedoch auch mehrere Fälle, in welchen die gesetzliche Legitimation des Mannes zum Processe für seine Gattin wegfällt. Diese sind:

1) wenn zwischen den Ehegatten selbst ein Rechtsstreit entsteht;

2) wenn derselbe zwischen dem minderjährigen Kinde des Mannes und der Gattin des letztern vorfällt, weil ihm als Vater auch die Vertretung seines minderjährigen Kindes obliegen würde; es wäre denn, daß dasselbe auf die väterliche Vertretung gültig Verzicht gethan hätte (s. §. 35. 2.);

3) wenn die Ehegatten von Tisch und Bett geschieden leben. Denn die gerichtliche Scheidung hat das Rechtsverhältniß, in welchem dieselben während der Dauer des Ehebandes gegen einander stehen, mit Ausnahme derjenigen Rechte und Verbindlichkeiten — welche aus der Wesenheit der ehelichen Verbindung entspringen, und jener, die der Scheidungsvergleich und in dessen Abgange das ge-

richtliche auf Scheidung geschöpfte Urtheil enthält — aufgehoben; also kann auf Seite des Mannes keine Pflicht mehr bestehen, seine geschiedene Gattin zu vertreten, und mit dieser Pflicht ist auch die gesetzliche Legitimation desselben zur gerichtlichen Vertretung seiner Ehegattin abfällig geworden;

4) wenn die Ehegattin noch minderjährig ist, und der Rechtsstreit ein solches Vermögen derselben betrifft, worüber ein Dritter die Curatel führt; denn in diesem Falle ist der Proceß von ihrem Vermögenscurator zu führen, weil derselbe die Pflicht auf sich hat, den Curanden in Ansehung des unter der Curatel stehenden Vermögens zu vertreten b). — Es hat nämlich, wenn eine minderjährige, unter väterlicher Gewalt stehende, Tochter sich verehlichet, wiewohl sie in Rücksicht ihrer Person unter die Gewalt des Mannes kommt, ihr Vater bis zu ihrer Großjährigkeit in Hinsicht auf ihr Vermögen die Rechte und Pflichten eines Curators c), und wenn sie unter Vormundschaft steht: so hängt es von der Beurtheilung des Gerichtes ab, ob die Curatel ihres Vermögens dem Ehemanne abgetreten d), oder dem gewesenen Vormunde beibelassen, oder einer dritten Person übertragen werden soll;

5) wenn die Gattin, so fern sie in der freien Vermögensverwaltung steht, auf die Vertretung ihres Mannes ausdrücklich, oder allenfalls durch Bevollmächtigung eines andern Sachwalters Verzicht leistet. Ein solcher Verzicht benimmt dem Manne, wenn er auch ohne oder selbst wider seinen Willen geschieht, die gesetzliche Legitimation zum Processe für seine Gattin, weil er wohl zur Vertretung derselben verbunden ist, aber hiezu kein solches Recht hat, welches auch wider den gultig erklärten Willen der Gattin ausgeübt werden könnte e).

a) A. b. Gzb. §. 91.
b) Ebenda §§. 200 und 282.
c) Ebenda §. 175.
d) Ebenda §. 260.
e) Höchste Resolution v. 31. Octob. 1785. m) n. 489.

§. 38.

Durch Auftrag der Behörde legitimirte Vertreter. I. Der Vormund für den Pupillen.

Durch einen Auftrag der Behörde werden zum Processe legitimirt:

I. Der Vormund für den Pupillen a). Zu dieser Legitimation ist immer das Vormundschaftsdecret erforderlich, mit welchem sich der Vormund in allen Fällen, selbst dann auszuweisen hat, wenn er auch durch den erklärten Willen des Vaters des Minderjährigen, oder durch durch das Gesetz zur Vormundschaft berufen wäre, weil man das vormundschaftliche Amt nur nach einem von dem gehörigen Gerichtsstande hiezu erhaltenen Auftrage übernehmen kann b). Weil nun ein Minderjähriger weder als Kläger noch als Geklagter vor Gericht erscheinen kann, sondern ihn sein Vormund entweder selbst vertreten, oder durch einen Andern vertreten lassen muß (s. jedoch §. 31.) c): so ist die Klage des Minderjährigen von dem Vormunde in dieser Eigenschaft anzustellen, und wenn dagegen ein solcher Minderjähriger geklagt werden soll, die Klage wider den Vormund als dessen Vertreter zu richten, sonst ist dieselbe, wenn sie etwa von oder wider den Pupillen selbst angebracht worden wäre, zu verwerfen (§§. 29 und 30.).

a) A. b. Gzb. §§. 205 und 206.
b) Ebenda §. 204.
c) Ebenda §. 243.

§. 39.

Wann reicht das Vormundschaftsdecret allein zur Legitimation des Vormundes nicht zu?

Es ist eine in den Gesetzen nicht deutlich entschiedene Frage, ob der Vormund durch sein Vormundschaftsdecret allein schon legitimirt sey, Processe im Nahmen des Minderjährigen anhängig zu machen? — oder ob er, wenn er in dessen Nahmen eine Klage anstellt, eine besondere Bewilligung der Vormundschaftsbehörde hiezu beizubringen habe? — Der §. 233 des allg. b. Gzb. verordnet wohl, daß ein Vormund in allen Geschäften, welche nicht zu dem ordentlichen Wirthschaftsbetriebe gehören, und welche von größerer Wichtigkeit sind, nichts ohne gerichtliche Einwilligung vornehmen könne; aber es ist in der, im Verfolge dieses §. erscheinenden Aufzählung von Geschäften, zu welchen der Vormund die besondere gerichtliche Bewilligung einzuhohlen hat, die Anhängigmachung eines Processes nicht enthalten, obgleich das Gesetzbuch im §. 1008 — wo ebenfalls die Legitimation der Sachwalter zur Sprache kommt, nicht undeutlich des Unterschiedes gedenkt, der zwischen dem Rechte »Processe im Nahmen eines andern anhängig »zu machen« und dem »den Geklagten wider die angestellte »Klage zu vertheidigen« besteht, und daher im ersten Falle eine wenigstens auf das Recht »Processe anhängig zu ma»chen« generell lautende Vollmacht erfordert, im letztern aber schon eine Universalvollmacht oder ein in allgemeinen, auf Vertretung lautenden Ausdrücken ertheiltes Mandat für genügend erklärt a). Überdies ist ja der Vormund nicht blos ermächtiget, sondern sogar angewiesen, unversicherte Schuldforderungen des Minderjährigen zur Verfallszeit einzutreiben b); es scheint also, daß der Vor-

mund zur Anstellung einer Civilklage im Nahmen des Minderjährigen keiner besondern Bewilligung der Vormundschaftsbehörde bedürfe.

Allein die Fassung des §. 253 zeigt schon, daß der Gesetzgeber nicht die Absicht hatte, die Geschäfte, zu welchen der Vormund die besondere Bewilligung des Gerichtes nöthig hat, erschöpfend zu specificiren; sonst wäre ja die Vorausschickung der allgemeinen Regel: daß diese gerichtliche Bewilligung zu allen Geschäften nothwendig sey, die nicht zu dem ordentlichen Wirthschaftsbetriebe gehören, und welche von größerer Wichtigkeit sind — rein überflüssig gewesen. Es kann daher aus dem, daß das Recht des Vormundes — im Nahmen des Minderjährigen Processe anhängig zu machen — in dem angeführten §. nicht ausdrücklich an den Specialconsens des Gerichtes gebunden worden ist, nicht gefolgert werden, daß es ihm ohne demselben gebühre. — In welchen Schaden könnte nicht der Vormund den Pupillen versetzen, wenn es ihm erlaubt wäre, nach eigenem Gutdünken, oft geblendet von dem Scheine des Rechts oder getäuscht über die vermeinte Zulänglichkeit der ihm zu Gebothe stehenden Beweismittel, eine Reihe von Processen anhängig zu machen, die sich zuletzt mit der Sachfälligkeit des Klägers und dessen Verurtheilung in den, oft sehr bedeutenden Gerichtskostenersatz, der nunmehr aus dem Vermögen des Minderjährigen geleistet werden soll, endigen!

Dem steht nicht entgegen, daß die Einwendung des Geklagten: »der Vormund habe sich mit keiner besondern Bewilligung der Vormundschaftsbehörde zur Anstellung dieser Klage ausgewiesen, er sey daher nicht zum Processe legitimirt« — eine exceptio de jure tertii (des Minderjährigen und der Vormundschaftsbehörde), also nicht zu berücksichtigen wäre c), da der Geklagte nicht berufen

ist, dem Wohle des Minderjährigen vorzusorgen, oder die Rechte der Vormundschaftsbehörde in Acht zu nehmen. Denn der Legitimationspunkt muß in jedem Processe berichtiget werden, weil sich sonst der Richter der Gefahr aussetzen würde, ein Urtheil zu schöpfen, welches sofort mit der Nullitätsbeschwerde angefochten werden könnte, zu deren Geltendmachung die Vormundschaftsbehörde dem Minderjährigen einen Curator ad actum beizugeben befugt wäre.

Eben so kann aus der, im §. 236 des b. Gzb. enthaltenen Anweisung des Vormundes, sich über Schuldforderungen des Minderjährigen, zu deren Beweise keine Urkunden vorhanden sind, Urkunden zu verschaffen, und diejenigen, die nicht sichergestellt sind, so viel möglich sicher zu stellen zu suchen, oder zur Verfallszeit einzutreiben, — noch nicht gefolgert werden, daß derselbe, wenn er diese Zwecke auf gütlichem Wege nicht erreichen kann, ohne weiters ermächtiget sey, auf die Ausstellung von Schulddocumenten über unverbriefte, oder auf Sicherstellung oder Zahlung unversicherter Forderungen gerichtlich zu klagen, sondern es ist des Vormundes Pflicht, diese Verhältnisse der Vormundschaftsbehörde anzuzeigen und abzuwarten, ob diese die Klage räthlich oder nothwendig finden, und ihm die Bewilligung zur Anstellung derselben ertheilen werde. Denn dem Ermessen des Vormundes allein kann es nicht überlassen seyn, ob wirklich eine einklagbare Forderung des Minderjahrigen bestehe? ob bei dem Mangel an Schuldurkunden andere Behelfe vorhanden sind, durch die man die Richtigkeit der Forderung darzuthun hoffen kann und nicht offenbare Gefahr laufe, sachfällig zu werden? endlich ob die etwa doch vorhandene Sicherheit von der Art sey, daß sie als keine gesetzmaßige d) betrachtet werden kann? sonst wurden alle jene Nachtheile für den Min-

4 *

derjährigen wieder entstehen können, wegen deren Abwendung dem Vormunde das Recht, Processe anzufangen, im Allgemeinen nicht beigelegt werden kann.

Es kann also in der Regel der Vormund ohne speciellle Bewilligung der Vormundschaftsbehörde keine Civilklage anstellen; ausgenommen, dieselbe gehört zu dem ordentlichen Wirthschaftsbetriebe e), wohin alle Klagen zu rechnen sind, durch welche die Einkünfte des Minderjährigen flüssig gemacht werden sollen, z. B. Klagen auf Zahlung fälliger Mieth- Pacht- und Capitalszinsen.

a) S. auch die Resolution v. 14. Juny 1784 a) n. 306, die aber durch den §. 1008 des allg. b. Gzb. zum Theil abgeändert wurde (s. §. 61.).

b) A. b. Gzb. §. 236.

c) Es ist nämlich eine bekannte Rechtsregel, daß Einwendungen, die von dem Rechte eines Dritten hergenommen sind, nicht statt haben. Christoph Martin Lehrbuch des teutschen gemeinen bürg. Processes. 7te Auflage. Göttingen, 1821. §. 93.

d) A. b. Gzb. §. 230.

e) A. b. Gzb. §. 233. Außer diesem Ausnahmsfalle kann der mindere Betrag der Forderung den Vormund nicht ermächtigen, dieselbe ohne obervormundschaftlichen Consens einzuklagen, weil wohl die Forderung von minderer Bedeutung seyn kann, die Anstellung einer Klage aber niemahls ein Geschäft von geringerer Wichtigkeit ist, was schon daraus abgenommen werden kann, weil dem Vormunde ohne Rücksicht auf den Werth des Streitobjectes untersagt ist, ohne gerichtliche Genehmigung einen Rechtsstreit zu vergleichen, und die Höhe der Gerichtskosten von dem Werthe, welchen der Gegenstand des streitigen Rechtes hat, nicht abhängt.

§. 40.

Wann bewirkt dasselbe allein diese Legitimation?

Wiewohl ein Civilproceß immer ein Geschäft von größerer Wichtigkeit ist, und daher dem Vormunde in der Regel (s. den vor. §.) obliegt, sich vor Anstellung einer Civilklage die besondere gerichtliche Bewilligung hiezu zu verschaffen, widrigens ihm die Einwendung mangelnder Legitimation entgegengesetzt werden kann: so legitimirt ihn doch in jenen Rechtsangelegenheiten, in welchen der Minderjährige als Geklagter auftritt, sein Vormundschaftsdecret allein zum Processe. Der Kläger kann das Recht des Vormundes, den geklagten Minderjährigen zu vertreten, nicht beanständen, da er es dadurch, indem er die Klage wider den Vormund rubricirte (s. §. 38.), schon anerkannt hat. Die Vormundschaftsbehörde hat ihm dieses Recht auch schon ertheilt, da er ihr entweder angeloben mußte, den Minderjährigen vor Gericht und außer demselben zu vertreten, oder ihm diese Pflicht in dem Vormundschaftsdecrete speciell auferleget wurde; eine auf gerichtliche Vertretung überhaupt lautende Vollmacht reicht aber schon hin, um als Sachwalter des Geklagten auftreten zu können (s. unten §. 61.).

Wiewohl es daher Pflicht des Vormundes seyn wird, in zweifelhaften Fällen unter Darlegung der vorhandenen Gegenbehelfe bei der Vormundschaftsbehörde anzufragen, ob man sich über eine gegen den Minderjährigen angestrengte Klage in den Proceß einlassen? oder den Kläger befriedigen? oder die Klage im Vergleichswege abzuthun versuchen soll?: so würde doch die Unterlassung dieser Anzeige keinen Einfluß auf die Legitimation des Vormundes zur Vertretung des geklagten Minderjährigen haben, ihn

jedoch für den Schaden verantwortlich machen, der den Pupillen durch diese Vernachlässigung seiner Pflichten getroffen hat.

§. 41.

Fälle, in welchen die Legitimation des Vormundes zur Vertretung des Pupillen cessirt.

In manchen Rechtsangelegenheiten des Minderjährigen kann ihn sein Vormund in dieser Eigenschaft nicht vertreten. Diese sind:

1) wenn einer der im §. 31 aufgeführten Fälle eintritt, in welchen der Minderjährige das Recht hat, selbst als Kläger oder Geklagter vor Gericht zu erscheinen. Für diese Angelegenheiten konnte und wollte die Vormundschaftsbehörde dem Vormunde das Recht und die Pflicht nicht übertragen, den Minderjährigen zu vertreten, er kann also in denselben nur auf Grund einer, von dem Pupillen erhaltenen Vollmacht auftreten.

2) Wenn der Rechtsstreit zwischen dem Vormunde und dem Minderjährigen vorfällt; denn das Gericht hat für den letztern einen besondern Curator zu ernennen a). Dies hat auch von dem Falle zu gelten, wenn der Rechtsstreit zwischen dem Minderjährigen und einer Person entsteht, deren Vertretung dem Vormunde des erstern aus dem Gesetze obliegt, nämlich mit der Ehegattin oder einem ehelichen, legitimirten oder adoptirten minderjährigen Kinde des Vormundes. Ist aber der Proceß mit andern Verwandten des Vormundes, deren gesetzliche Vertretung ihm nicht obliegt, z. B. mit dessen Ältern oder Geschwistern, oder aber mit einem nahen Verschwägerten desselben zu führen: so hört er zwar deshalb noch nicht auf,

zur Vertretung des Minderjährigen berufen zu seyn; aber es ist Sache des vormundschaftlichen Gerichtes, die Befangenheit des Vormundes in Erwägung zu ziehen, denselben für diese Streitsache allenfalls seiner Pflichten zu entheben, und fur den Minderjährigen einen Curator ad actum zu ernennen.

3) Wenn zwischen zwei oder mehreren Minderjährigen, die einen und denselben Vormund haben, ein Rechtsstreit entsteht. Denn dieser Vormund darf keinen der Minderjährigen vertreten, sondern er muß das vormundschaftliche Gericht angehen, daß es für jeden einen andern Curator ernenne b). Dies ist auch in dem Falle Rechtens, wenn zwischen Pupillen und Curanden Rechtsstreitigkeiten vorfallen, bei welchen der Vormund des einen zugleich Curator des andern Theiles ist.

a) A. b. Gzb. §. 271.
b) Ebenda §. 272.

§. 42.

II. Der Curator für seinen Curanden.

Durch den Auftrag der Behörde wird

II. der Curator für seinen Curanden zum Processe gerechtfertigt. Hiebei kommt es zuoberst auf den Umfang der Angelegenheiten an, welche der Besorgung des Curators überlassen worden sind. Derselbe wird entweder zur Besorgung aller Angelegenheiten einer Person, wie bei Sinnlosen; oder zur Verwaltung ihres ganzen Vermögens, wie bei den zur schweren oder schwersten Kerkerstrafe verurtheilten Verbrechern; oder zur Verwaltung eines Theiles desselben, wie bei den unter der Vormundschaft stehenden Minderjährigen, die in einer andern Provinz ein unbewegliches Vermögen besitzen; oder zur Be-

sorgung einer ganzen Gattung von Rechtsangelegenheiten, wie bei der Posterität; oder für eine einzelne Rechtsangelegenheit, z. B. eines Abwesenden, aufgestellt.

Ist der Rechtsstreit, welcher in der Frage steht, jener, fur welchen der Curator ernannt worden ist; oder gehört er zu jener Gattung von Angelegenheiten, oder betrifft er jenes Vermögen, worüber dem Curator die Obsorge anvertraut wurde; oder geht er jene Person an, deren sämmtliche Angelegenheiten er zu besorgen hat: so ist er auch zu dessen Führung berufen; wo nicht: so kann ihm der Mangel seiner Legitimation zum Processe eingewendet werden.

§. 43.

Derselbe hat sich durch das Curatelsdecret zu legitimiren. Ausnahme.

Dies ersieht man zunächst aus dem, von der competenten Behörde a) ausgestellten Curatelsdecrete, mit welchem sich der Curator selbst dann, wenn er auch durch das Gesetz b) zur Curatel berufen ist, auszuweisen hat, weil man eine Curatel eben so wenig, wie eine Vormundschaft, ohne einem von dem gehörigen Gerichtsstande hiezu erhaltenen Auftrage übernehmen kann.

Eine Ausnahme macht blos die Curatel, welche dem Vater einer verehelichten, minderjährigen Tochter bis zu ihrer Großjährigkeit über ihr Vermögen zusteht c). Diese ist ein Ausfluß der väterlichen Gewalt, welche durch die Verehelichung der minderjährigen Tochter nur in Ansehung ihrer Person (da sie unter die Gewalt des Mannes kommt), nicht aber in Betreff ihres Vermögens erloschen ist; der Vater bedarf daher keiner gerichtlichen Bestellung zum Vermögenscurator seiner verehelichten minderjährigen Tochter,

und er hat sich, wenn in Ansehung desselben ein Rechtsstreit entsteht, mit keinem Curatelsdecrete auszuweisen.

Dieser Ansicht scheint zwar entgegen zu stehen; 1) daß nach dem §. 175 des b. Gzb. die Gattin, wenn der Mann während ihrer Minderjährigkeit stirbt, wieder unter die väterliche Gewalt komme; ein Beweis, daß während der Dauer des Ehebandes die väterliche Gewalt ruhe, daher auch die curatorischen Rechte und Pflichten des Vaters in Ansehung des Vermögens seiner Tochter aus derselben zunächst nicht entspringen können; 2) daß unser Civilrecht überhaupt keine andere als gerichtlich bestellte Curatoren kenne d).

Allein die Rückkehr der Tochter unter die väterliche Gewalt, wenn der Mann während ihrer Minderjährigkeit stirbt, ist nur von ihrer Person, nicht auch von ihrem Vermögen zu verstehen, weil sie nur in Ansehung der erstern, nicht aber auch des letztern unter die Gewalt des Ehemannes gekommen ist. Wenn daher auch der §. 269 des b. Gzb. in den Begriff eines Curators die gerichtliche Bestellung aufnimmt: so sagt er doch auch, daß diese erst dann statt habe, wenn die väterliche oder vormundschaftliche Gewalt nicht Platz findet; die väterliche Gewalt bleibt aber über das Vermögen der minderjährigen Tochter, ungeachtet ihrer Verehelichung, nach der Weise einer Curatel aufrecht. Zudem sagt der §. 175 nicht, daß dem Vater in Hinsicht auf das Vermögen seiner verehelichten, minderjährigen Tochter die Rechte und Pflichten eines Curators zu übertragen sind, sondern er hat sie bis zu ihrer Großjährigkeit.

a) Welche Behörde hiezu competent sey, lehrt der §. 280 des allg. b. Gzb.

b) A. b. Gzb. §§. 198 u. 281.

c) Ebenda §. 175.

d) Ebenda §. 269.

§. 44.

Wann rechtfertiget das Curatelsdecret allein den Curator zum Processe nicht?

Ist auf der Seite der zu belangenden Parthei der Fall der Curatel vorhanden: so muß die Klage wider den zu ihrer Vertretung schon bestehenden oder erst aufzustellenden Curator — um dessen Ernennung das Begehren in der Klage oder abgesondert gestellet wird — gerichtet werden. Soll jedoch von einem Curator eine Civilklage angestellet werden: so ist aus den oben (§. 39.) aus einander gesetzten Gründen und mit derselben Beschränkung auch hier zu behaupten, daß, wenn der Curator nicht ohnehin blos zur Anstrengung dieser Klage bestellet worden ist, ihn hiezu sein Curatelsdecret allein, so fern sie mit dem ordentlichen Wirthschaftsbetriebe nicht zusammen hängt, ohne besondere Einwilligung der Curatelsbehörde nicht berechtige, weil die Rechte und Verbindlichkeiten der Curatoren in Rücksicht der ihnen obliegenden Verwaltung aus den, den Vormündern hierüber ertheilten Vorschriften zu beurtheilen sind a), und aus einer allgemeinen Vollmacht zur Verwaltung für den Verwalter das Recht nicht entspringt, Processe anhängig zu machen.

a) A. b. Gzb. §. 282.

§. 45.

Manchmahl fällt jedoch die Legitimation des Curators zur Vertretung seines Curanden ganz weg.

Gleichwie zuweilen der Vormund rechtlich gehindert ist, den Minderjährigen zu vertreten (s. §. 41.), eben so gibt es Fälle, in welchen die Legitimation des Curators

zum Processe für seinen Curanden ganz abfällig wird. Diese treten ein, wenn der Rechtsstreit zwischen zwei oder mehrern Pflegebefohlenen vorfällt, die einen und denselben Curator haben; oder wenn derselbe zwischen einem Pupillen und einem Pflegebefohlenen, dessen Curator ebenfalls des erstern Vormund ist, entsteht; oder wenn er zwischen dem Curanden und dem minderjährigen Kinde oder der Ehegattin des Curators, deren Vertretung ihm aus dem Gesetze obliegt, geführt werden soll. In allen diesen Fällen ist die Bestellung eines besondern Curators zur Führung des Rechtsstreites für den Pflegebefohlenen nothwendig.

§. 46.

III. Der Concursmassevertreter und dessen ernannter Substitut. IV. Der Concursvermögensverwalter.

Durch einen Auftrag der Behörde wird

III. der für eine Concursmasse aufgestellte Vertreter und dessen ernannter Substitut a) zum Processe über die, von den Concursgläubigern eingereichten, Liquidations- und Classenrechtsklagen (nicht Vorrechtsklagen) berechtiget. Ihre Legitimation liegt in den, ihnen von der Concursinstanz über ihre Ernennung ausgestellten Decreten.

IV. Der zur Besorgung des Concursvermögens aufgestellte Verwalter wird legitimirt, die Activforderungen der Cridamasse gütlich oder gerichtlich einzubringen b), er ist also zur Einklage derselben ermächtiget. Seine Legitimation hiezu liegt in dem, ihm von der Concursinstanz über seine Bestellung zum Vermögensverwalter ausgefertigten Decrete; denn wiewohl dieselbe bei

Eröffnung des Concurses nur einen provisorischen Verwalter des Cridavermögens aufzustellen hat, und es von der, nach Ablauf des Convocationstermines zu veranstaltenden, Wahl der sich meldenden Gläubiger abhängt, ob sie den provisorischen Vermögensverwalter bestättigen oder einen andern ernennen wollen c): so will dies doch nichts anderes sagen, als daß sich die Concursinstanz bei der Bestättigung des provisorischen oder Bestellung eines neuen Concursvermögensverwalters nach dem Ausschlage der erwähnten Wahl zu richten habe; daher kann auch nur das Gericht, nicht aber die Gläubiger dem Vermögensverwalter sein Bestättigungs- oder Ernennungsdecret ausfertigen.

Weil nun der Concursvermögensverwalter zur Einklage der Concursactivforderungen angewiesen ist: so folgt, daß einer Klage, welche allenfalls der Concursmassevertreter auf Zahlung einer solchen Activforderung wider den Schuldner anstellen würde, die Einwendung mangelnder Legitimation entgegen stünde. — Wenn daher die Resolution v. 31. Octob. 1785. s) n. 489 verordnet, daß sich der Vertreter der Concursmasse über jene Forderungen, welche er gegen die Schuldner bei verschiedenen Instanzen etwa einzutreiben hat, alle Monathe gegen den Concursrichter ausweisen soll, was in jedem Geschäfte geschehen sey: so ist dies entweder von dem Concursvermögensverwalter, der durch die Einklage der Cridaactiven auch ein Vertreter der Masse wird, oder von dem Falle zu verstehen, wo der Concursmassevertreter in Vertretung des Vermögensverwalters diese Einklage besorget.

a) Hofd. v. 18. Mai 1790. o) n. 23.
b) Allg. Concurs-Ordnung §. 34.
c) Ebenda §. 35.

§. 47.

Wen vertritt der Concursmassevertreter? — In wessen Nahmen handelt der Concursvermögensverwalter?

Es ist eine Frage von practischer Wichtigkeit a), wen der aufgestellte Concursmassevertreter zu vertreten habe, und in wessen Nahmen der Concursvermögensverwalter die Cridagüter verwalte, und insbesondere die Cridaactivforderungen gegen die Schuldner einklage?

Die Concursmasse als ein Aggregat von Sachen ist ein rechtsloses Ding, sie bedarf keines Vertreters; es ist daher nur eine willkührlich angenommene, in der Natur der Sache nicht liegende Redensart, wenn man den gerichtlich bestellten contradictor — Vertreter der Concursmasse heißt. Wohl aber bedürfen jene der Vertheidigung, die ein rechtliches Interesse haben, daß der Liquidationsklage eines jeden, sich zum Concurse meldenden Gläubigers Alles eingewendet werde, was nach Beschaffenheit des Falles eingewendet werden kann, damit keine Nichtforderung bei dem Concurse als richtig anerkannt werde. Deren Vertreter ist eigentlich der sogenannte Concursmassevertreter, und diese sind:

1) die intelligible Gesammtheit b) der wahren Concursgläubiger; und 2) der Concursschuldner.

Denn je größer die Summe der bei dem Concurse als liquid anerkannten Forderungen ist, desto mehr sinkt — abgesehen von der Classification — der Zahlungsfond für jede einzelne, und vermindert sich die Annäherung zur vollständigen Befriedigung c).

Aber nicht blos die intelligible Gesammtheit der Gläubiger, sondern auch den Concursschuldner vertritt der Con-

cursmassevertreter gegen jeden einzelnen Liquidanten, weil derselbe für alle als liquid anerkannten, aber unbefriedigt gebliebenen Forderungen Schuldner bleibt, daher ein rechtliches Interesse an der Zurückweisung ungegründeter Liquidationsklagen hat. — Wie könnte endlich das Hofd. v. 23. August 1793. n. 118 bestimmen, daß über ein in Concursfällen geschöpftes Urtheil, wodurch eine angemeldete Forderung für liquid erkannt worden, sobald es zur Rechtswirkung gelangt ist, wider den Cridatar die Personalexecution ertheilt werden könne, ohne daß es gegen denselben einer neuerlichen Verhandlung und eines neuerlichen Urtheiles bedarf — wenn nicht der Concursmassevertreter auch das Interesse des Gemeinschuldners in dem abgeführten Liquidationsprocesse zu vertreten gehabt hätte? indem ja die in einzelnen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urtheile auf andere Personen nicht ausgedehnet werden können d).

Auch der Concursvermögensverwalter besorgt das Cridavermögen, und klagt die Cridaactivforderungen ein im Nahmen der Gesammtheit der Gläubiger und des Concursschuldners. — Da nämlich die Gesetze e) den bei dem Concurse angemeldeten Gläubigern gestatten, den von dem Concursrichter provisorisch aufgestellten Vermögensverwalter zu bestättigen oder einen andern zu erwählen, und ihm die Art, wie er die Verwaltung des Cridavermögens zu besorgen habe, vorzuschreiben: so ist kein Zweifel, daß sie in ihrem Nahmen geführt werde. — Aber auch im Nahmen des Gemeinschuldners wird das Concursvermögen verwaltet. Denn durch die Eröffnung des Concurses haben die Gläubiger das Eigenthum der Cridagüter noch nicht erworben, weil hiezu eine rechtliche Übergabe und Übernahme gehören würde f), welche erst bei der Vertheilung des Concursvermögens unter die Gläubiger vor sich geht; sondern der Gemeinschuld-

ner wird durch die Concurseröffnung nur aus der Verwaltung des in den Concurs gezogenen Vermögens gesetzt, und hiefür ein besonderer Verwalter aufgestellt. Auch das rechtliche Interesse des Cridatars haftet an einer guten Verwaltung des Concursvermögens, weil er, wie gesagt, für die unbefriedigt bleibenden Forderungen nicht aufhört, Schuldner zu seyn. — Wie ließe es sich endlich, wenn die Gläubiger durch die Concurseröffnung Eigenthümer des Cridavermögens würden, rechtlich denken, daß, wenn der Ausschlag der Concursverhandlung einen Überschuß des Activstandes über den Passivstand auswiese, dieser Überschuß dem Concursschuldner zufallen könnte? Er müßte den Gläubigern als Eigenthümern gebühren g)!

a) S. hierüber unten §. 76. 2)

b) Ich sage: intelligible Gesammtheit, weil man vor Beendigung aller Liquidationsprocesse nicht weiß, welche Personen nahmentlich die Concursgläubiger sind.

c) Auch das Hofd. v. 15. Jänner 1787. nn) n. 621 und der §. 1226 des allg. b. Gzb. lassen abnehmen, daß der Concursmassevertreter in den Liquidationsprocessen Vertreter der Gesammtheit der Gläubiger sey.

d) A. b. Gzb. §. 12.

e) Allg. Conc. Ord. §. 35 und Hofd. v. 18. Mai 1790. m) n. 23.

f) A. b. Gzb. §. 425. Dies ist selbst dann der Fall, wenn auch eine gerichtliche Erklärung des Cridatars, daß er den Gläubigern seine sämmtlichen Güter abtrete, geschehen seyn sollte, weil diese Erklärung noch keine Übergabe ist.

g) Mir ist ein Fall bekannt, daß sich eine Concursverhandlung mit der Abweisung aller Liquidanten endigte, weil sich ihre angemeldeten Forderungen auf Wechsel gründeten, die der zwar durch Emancipation großjährig gewordene, aber noch nicht wirklich 24 Jahre alte, daher in dieser als auch in jeder andern Rücksicht nicht wechselfähig gewesene Cridatar ausgestellt hatte. Er bekam das aus dem inzwischen eingeleiteten Verkaufe der Cridagüter gelöste Geld über Abzug der Concurskosten bar hinaus. Hat also der

Vermögensverwalter und die Concursinstanz nicht auch das Interesse des Cridatars in Acht zu nehmen?

§. 48.

Sind der Vertreter und Verwalter der Concursmasse — Curatoren?

Jetzt wird sich die weitere Frage beantworten lassen, ob der Concursmassevertreter und der Concursvermögensverwalter — Curatoren sind?

Der §. 7 der allg. Concurs-Ordnung nennt sie so (curator ad lites, curator bonorum). Allein was die Gläubiger betrifft: so nimmt das Gesetz diejenigen, die sich als solche zum Concurse melden, einstweilen als die wahren Gläubiger an, weil es ihnen ohne Rücksicht, ob ihre angemeldeten Forderungen für liquid werden erkannt werden, jenen Einfluß in die Concursverhandlung zugesteht, welcher den Gläubigern überhaupt in dieser Beziehung vorbehalten ist; der von ihnen gewählte Ausschuß ist ihr gesetzmäßiges Organ; sie stehen entweder selbst in der freien Verwaltung ihres Vermögens, oder es schreiten für sie andere Personen (Vater, Vormund, Curator) ein, welche ihre Angelegenheiten zu besorgen das Recht haben. Für die Gesammtheit der Concursgläubiger tritt daher der Fall der Aufstellung eines besondern Curators nicht ein, und es können der Concursmassevertreter und der Vermögensverwalter in Rücksicht ihrer als Curatoren nicht angesehen werden.

Anders verhält sich die Sache, wenn wir den Vertreter und Verwalter der Concursmasse als Sachwalter des Cridatars betrachten. Dieser ist durch die Eröffnung des Concurses über sein Vermögen der freien Verwaltung desselben entsetzet worden; er kann die dasselbe betreffenden Angelegenheiten nicht selbst besorgen; für ihn ist daher der

Fall der Curatel vorhanden a), und der Concursmassevertreter wie auch der Vermögensverwalter sind in dieser Beziehung seine Curatoren.

a) A. b. Gzb. §. 269.

§. 49.

V. Der zur Vertretung mehrerer, mit einer Vorrechtsklage belangten Concursgläubiger im Abgange ihrer Wahl gerichtlich bestellte Rechtsfreund.

Durch den Auftrag der Behörde entsteht

V. die Legitimation zum Processe in dem Falle, wenn ein Concursgläubiger wider die Classification eine Vorrechtsklage dahin anbringt, daß er in eine bessere Classe oder vor allen Gläubigern versetzt werde, die geklagten Gläubiger aber bei der, zur Wahl eines gemeinschaftlichen Rechtsfreundes, angeordneten Tagsatzung weder durch Einhelligkeit noch durch Mehrheit der Virilstimmen a) denselben ernennen. Unter diesen Umständen hat nämlich das Gericht auf ihre gemeinsame Gefahr einen Rechtsfreund für sie zur Führung des Vorrechtsprocesses mit dem Vorrechtskläger zu bestellen b).

Begehrt der Vorrechtskläger für sich kein besseres Classenrecht, sondern klagt blos darauf, daß andere Gläubiger in eine schlechtere Classe gesetzt werden, als jene ist, in welche sie durch die Classification gestellet wurden c); so tritt, wenn er auch mehreren Gläubigern ihre Classe bestreiten will, der Fall der Wahl eines gemeinschaftlichen Rechtsfreundes, mithin auch der gerichtlichen Bestellung desselben nicht ein, weil der Vorrechtskläger so viele Vorrechtsklagen einzureichen hat, als Forderungen sind, deren Classification er anzufechten gedenket, und nicht be-

fugt ist, sie sämmtlich in Eine Klage zu vereinigen, da das Classenrecht der einen Forderung mit jenem der andern in keinem Zusammenhange stehet d).

a) Hofd. v. 13. Febr. 1795. n) n. 217.
b) A. Conc. O. §§. 30 u. 32.
c) Ebenda §. 28.
d) A. G. O. §. 4.

§. 50.

VI. Der ernannte defensor matrimonii im Processe wegen Ungültigkeit oder Trennung einer Christenehe.

VI. In Angelegenheiten, in welchen es sich um die Ungültigkeitserklärung oder Trennung einer Christenehe handelt, ist der von dem Landrechte, und wenn die Eheleute unter der Militärgerichtsbarkeit stehen, von dem Judicio delegato militari mixto, dem das Erkenntniß zusteht, aufgestellte defensor matrimonii legitimirt, das Interesse des Staates an der Aufrechthaltung solcher Ehen zu vertreten a). Bei Judenehen, wenn es sich um deren Ungültigkeitserklärung oder Trennung handelt, hat die gerichtliche Bestellung eines Vertheidigers des Ehebandes zu unterbleiben b).

a) A. b. Gzb. §§. 97 u. 115. — Hofd. v. 2. Juli 1802. n. 564.
b) Hofd. v. 13. Novemb. 1816. n. 1296.

§. 51.

VII. Der im Falle der Ausschließung des Fiscalamtes von der Vertretung beider Theile von der Landesstelle für jeden Theil bestellte Sachwalter.

VII. Wenn in einer Civilstreitsache das Fiscalamt so-

wohl den Kläger als den Geklagten zu vertreten hätte, daher von der Vertretung beider ausgeschlossen ist (s. oben §. 33.): so hat die Landesstelle für jeden Theil einen besondern Vertreter von Amtswegen zu bestellen, und in den denselben hierüber zukommenden Ausfertigungen liegt ihre Legitimation zu diesem Processe a).

a) Hofd. v. 30. Novemb. 1789. n. 1080.

§. 52.

VIII. Der wegen Armuth einer Parthei auf ihr Ansuchen für sie vom Gerichte aufgestellte Vertreter von Amtswegen.

VIII. Wenn eine Parthei, da sie Armuthshalber einen Rechtsfreund aufzunehmen und zu bezahlen außer Stande ist, bei Gerichte bittet, ihr einen Vertreter ex officio beizugeben, und das Gericht ihrem Ansuchen willfahrt: so ist der Ernannte durch seine gerichtliche Bestellung in allen jenen Rechtsangelegenheiten dieser Parthei zum Processe legitimirt, auf welche seine Ernennung lautet. Er bedarf zu seiner Legitimation keiner besondern Vollmacht von dieser Parthei, weil er zu ihrer Vertretung verpflichtet ist, und blos dann, wenn er sich in der ihm zur Vertretung aufgetragenen Rechtsangelegenheit nicht aufzukommen getrauet, oder andere rechtmäßige Hindernisse seinem Einschreiten im Wege stehen, um Enthebung von derselben bei der Behörde, die ihm den Auftrag gemacht hat, das Ansuchen stellen kann. Es ist daher von dem Grunde des Hofdecretes v. 6. Juli 1792 (s. §. 33) hier Anwendung zu machen, durch welches erklärt wurde, daß das Fiscalamt in Vertretung eines Unterthanes wider seine Obrigkeit deshalb keiner besondern Vollmacht von dem erstern bedarf, weil es zu dessen Vertretung verpflichtet ist.

§. 53.

Wer ist eines minderjährigen oder pflegebefohlenen Gatten gesetzlicher Vertreter im Scheidungsprocesse, in so fern es sich um Sachenrechte handelt?

Einige Rechtsfragen, die Legitimation derjenigen zum Processe betreffend, welche sie unmittelbar aus dem Gesetze oder aus einem Auftrage der Behörde herleiten, verdienen eine nähere Ausführung.

I. Es wurde oben (§. 31.) behauptet, daß ein minderjähriger oder pflegebefohlener Ehegatte für sich selbst auf Scheidung von Tisch und Bett klagen, oder wenn er deshalb belangt wird, sich selbst vertheidigen könne, in so fern es sich nur um diese, und nicht zugleich um das Vermögen, den Unterhalt der Ehegatten oder die Versorgung der Kinder handelt. — Kommen nun diese Sachenrechte in die Frage: so ist zur vergleichsmäßigen Beilegung derselben die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters und des vormundschaftlichen Gerichtes nothwendig; wenn sie aber im Rechtswege ausgetragen werden sollen: so muß die Klage hierüber von dem und wider den gesetzlichen Vertreter des minderjährigen oder pflegebefohlenen Ehetheiles angestellt werden a).

Wer ist nun in diesem Falle als der gesetzliche Vertreter anzusehen? — Steht der Ehemann außer der freien Verwaltung seines Vermögens; so ist es dessen Vater, Vormund oder Curator; — wenn sich aber die Ehegattin in diesem Verhältnisse befindet: so ist es ihr Vater, weil sie zwar durch die Verehelichung in Rücksicht ihrer Person unter die Gewalt des Mannes kam, der Vater aber in Hinsicht des Vermögens bis zu ihrer Großjährigkeit die Rechte und Pflichten eines Curators be-

hält (s. §. 43.), und es sich hier wirklich um Sachenrechte handelt, die das Vermögen angehen. — Ist ihr Vater während ihrer Ehe gestorben oder zur Vertretung unfähig geworden; oder stand sie schon zur Zeit der eingegangenen Ehe unter der Vormundschaft: so hieng es von der Beurtheilung des Gerichtes ab, wem dasselbe die Curatel über das Vermögen der Ehegattin anvertrauen wollte b). Hat es dieselbe dem Ehemanne übertragen: so kann er in diesem Falle seine Gattin nicht vertreten, sondern es muß das Gericht um die Ernennung eines besondern Curators für dieselbe angegangen werden c), welchem die Klage des Ehemannes zuzustellen ist, oder der für die Gattin die Klage zu überreichen hat. — Besteht zur Verwaltung des Vermögens der Ehegattin schon ein besonderer Curator: so ist es dessen Sache, für sie activ oder passiv einzuschreiten d).

a) A. b. G;b. §. 106.
b) Ebenda §. 260.
c) Ebenda §§. 282 u. 271. — Vergl. oben §. 37.
d) Was oben (§§. 39 u. 44.) gesagt wurde, daß Vormünder und Curatoren zur Anstellung einer Civilklage, die nicht mit dem ordentlichen Wirthschaftsbetriebe zusammen hängt, der gerichtlichen Bewilligung bedürfen, ist auch hier anzuwenden.

§. 54.

Wer ist sein gesetzmäßiger Sachwalter, wenn von seiner Seite auf Ungültigkeitserklärung oder Trennung der Ehe geklagt werden soll?

II. In Rechtsangelegenheiten, wo es sich um die Ungültigkeitserklärung oder Trennung einer Ehe handelt, kommt die rechtliche Unfähigkeit einer minderjährigen oder

pflegebefohlenen Person, vor Gericht zu erscheinen, in jenen Fällen *nicht* zur Anwendung, wo das Landrecht zum Behufe der von Amtswegen zu pflegenden Untersuchung die Vernehmung des minderjährigen oder pflegebefohlenen Ehegatten einleitet; selbst die Klage eines solchen Gatten auf Nichtigerklärung des Ehevertrages wäre ungeachtet der ihm mangelnden Befugniß zur gerichtlichen Rechtsverfolgung nicht verwerflich, wenn das gerügte Ehehinderniß ein solches ist, welches das Landrecht zur Einleitung der Untersuchung über die Gültigkeit der Ehe von Amtswegen — ohne Abwartung einer Klage verpflichtet hätte, wenn es ihm früher bekannt gewesen wäre a); denn in diesem Falle ist die Klage nur als eine jedermann freistehende Anzeige anzusehen.

Es fragt sich jedoch: Wenn eine minderjährige oder pflegebefohlene Person eine Ehe eingegangen hat, wer ist — wenn während der Dauer der Minderjährigkeit oder Curatel auf *Ungültigkeitserklärung* der Ehe wegen eines solchen Hindernisses, worüber das Landrecht *nicht von Amtswegen* die Untersuchung einzuleiten, sondern die Klage abzuwarten hat, oder auf *Trennung* derselben *von der Seite des minderjährigen oder pflegebefohlenen Ehegatten* geklagt werden soll — zur Klage legitimirt?

Vorausgesetzt, daß das Ehehinderniß nicht in dem Abgange des väterlichen oder gerichtlichen Verehelichungsconsenses (in welchem Falle die Ungültigkeitserklärung nur von dem Vater oder von dem Vormunde mit Zustimmung des vormundschaftlichen Gerichtes begehrt werden kann b), sondern in einem andern Grunde liegt: so steht das Recht zur Klage auf Nichtigerklärung oder Trennung der Ehe dem Vater des, unter seiner väterlichen Gewalt stehenden minderjährigen Gatten zu, *oder* es gebührt dem *für die*

Person des Pflegevertrauten aufgestellten Vertreter (Vormund oder Curator) mit Genehmhaltung der Vormundschafts- oder Curatelsbehörde, wenn in beiden Fällen der minderjährige oder pflegebefohlene Ehegatte zu dieser Klageanstrengung seine Einwilligung ertheilt. Denn wollte dieser Ehegatte für sich selbst auf Nichtigerklärung oder Trennung der Ehe klagen: so würde diesem Begehren seine rechtliche Unfähigkeit, als Kläger oder Geklagter selbst vor Gericht zu erscheinen c) — von welcher die Gesetze für Ehetrennungs- oder Annullirungsprocesse keine Ausnahme machen — im Wege stehen. Weil jedoch bei solchen Ehehindernissen, deren Erhebung das Landrecht nicht von Amtswegen zu veranlassen hat, das Ansuchen derjenigen, welche durch die mit einem Hindernisse geschlossene Ehe in ihren Rechten gekränkt worden sind, abgewartet werden muß: der Vater, Vormund, Curator oder das vormundschaftliche Gericht als solche aber durch die, mit der gehörigen Einwilligung geschlossene Ehe unmöglich in ihren Rechten gekränkt seyn können; — weil ferner der Vater die seinem Kinde, und die Gerichtsbehörde die dem Pupillen oder Curanden ertheilte Verehelichungsbewilligung nach geschlossener Ehe nicht widerrufen, und demselben die durch den Ehevertrag erworbenen Rechte eigenmächtig nicht entziehen können: so folgt, daß der Vater, Vormund, Curator oder die Gerichtsbehörde für sich selbst gleichfalls nicht berechtiget sind, die Gültigkeit der Ehe anzufechten oder die Trennung derselben zu begehren.

Soll von Seite einer minderjährigen oder pflegebefohlenen Ehegattin (welche in Rücksicht ihrer Person unter keiner väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt stehen kann, da sie durch ihre Verehelichung unter die Gewalt des Mannes gekommen ist) die Trennung oder

Nichtigerklärung der Ehe angesucht werden: so muß sie bei ihrer Behörde um Aufstellung eines Curators ad actum anlangen, weil diese Angelegenheit vorzüglich Personenrechte betrifft, welche von dem zur Verwaltung ihres Vermögens bestehenden Curator nicht vertreten werden können.

Verweigert der Vater des, unter seiner väterlichen Gewalt stehenden Ehemannes seine Vertretung zur Anhängigmachung der Klage auf Trennung oder Annullirung der Ehe; — oder will sich der Vormund des minderjährigen — oder der für die Person des pflegebefohlenen Ehemannes bestellte Curator um die gerichtliche Bewilligung zur Anstellung der Klage auf Ungültigerklärung oder Trennung der Ehe nicht bewerben, und findet sich der Minderjährige oder Pflegevertraute dadurch beschwert: so ist er befugt, den Beistand des Gerichtes anzusuchen d), welches nach Beschaffenheit der Umstände zur Ernennung eines Curators ad actum schreiten kann. — Verweigert die Gerichtsbehörde die erwähnte Bewilligung: so findet wie gegen andere gerichtliche Verordnungen der Recurs an den höhern Richter statt, wenn vorher bei eben dieser Gerichtsbehörde hierüber eine Vorstellung gemacht worden, dieselbe aber fruchtlos geblieben ist e).

Wäre der Kläger auf diese Art zur Klage nicht legitimirt: so stünde ihm die Einwendung mangelnder Legitimation zum Processe entgegen.

a) A. b. Gzb. §. 94.
b) Ebenda §. 96.
c) Ebenda §. 243.
d) Ebenda §§. 178 u. 217.
e) Ebenda §. 268 und Hofd. v. 27. Dec. 1782. n. 111.

§. 55.

Die durch den gültigen Privatwillen der Parthei aufgestellten Sachwalter haben sich durch eine schriftliche Vollmacht zu rechtfertigen. — Ausnahme.

Wer weder durch das Gesetz, noch durch den Auftrag der Behörde zur Proceßführung im Nahmen eines Andern berufen ist, der kann seine Legitimation hiezu nur auf dessen gültigen Privatwillen gründen, und hat den Ausweis hierüber durch Beibringung der ihm von jener Person, in deren Nahmen er einschreiten will, ertheilten schriftlichen Vollmacht zu liefern a). Wiewohl daher Bevollmächtigungsverträge mündlich oder schriftlich geschlossen werden können b): so kann es doch wegen der bestimmten Vorschrift des Gesetzes dem sich darstellenden Sachwalter nicht gestattet seyn, den geschlossenen Bevollmächtigungsvertrag durch andere Mittel, als eben durch Producirung einer schriftlichen Vollmacht darzuthun, indem diese vorzüglich geeignet ist, die mit dem Sachwalter gepflogene Rechtsverhandlung im Falle eines, für seine Parthei ungünstigen Ausganges des Rechtsstreites gegen eine Nullitätsbeschwerde der letztern zu schützen, die sie aus dem Vorgeben herleiten könnte, daß sie den eingeschrittenen Sachwalter zur Führung des Processes nicht bevollmächtiget habe c).

Eine Ausnahme von der Verordnung, daß der einschreitende Sachwalter sich mit einer schriftlichen Vollmacht von seinem Machtgeber auszuweisen habe, tritt jedoch dann ein, wenn die Parthei bei der Tagsatzung persönlich erscheint. Wird aber die Klage oder Einrede schriftlich eingereicht: so muß sich der Bevollmächtigte des Klägers oder Geklagten selbst dann mit einer schriftlichen Vollmacht le-

gitimiren, wenn auch die Parthei die Satzschriften eigenhändig unterschrieben hätte d).

a) A. G. O. §. 416.
b) A. b. Gzb. §. 1005.
c) Auch eine cautio de rato, zu welcher sich der Sachwalter antrüge, könnte die Producirung der schriftlichen Vollmacht nicht entbehrlich machen.
d) Hofd. v. 9. Novemb. 1811. n. 961.

§. 56.

Gründe, aus welchen ungeachtet der Echtheit der producirten Vollmacht dennoch die Legitimation des Sachwalters bestritten werden kann.

Es ist zwar, wie gesagt, die Beibringung einer schriftlichen Vollmacht die gesetzlich vorgeschriebene Art, wie die geschehene Bevollmächtigung einer Person zum Processe im Nahmen des Machtgebers ausgewiesen werden soll; allein ob dieselbe, ungeachtet ihre Echtheit von dem Gegentheile entweder anerkannt, oder über dessen Widerspruch ausgewiesen worden ist, die Legitimation des Sachwalters zum Processe wirklich herstelle, hängt von der Fähigkeit der Personen, welche die Vollmacht ertheilten und annahmen, von dem Inhalte, der Form und der Dauer derselben ab. Hiernach lassen sich die Gründe bestimmen, aus welchen der Gegentheil — ungeachtet einer producirten echten Vollmacht — die Legitimation des Sachwalters zum Processe anfechten, und ihm den Mangel derselben einwenden kann. — Diese sind:

I. daß die Vollmacht von einer Person ertheilt worden, die hiezu nicht berechtiget gewesen;

II. daß der sich darstellende Sachwalter nicht persönlich fähig war, die ihm übertragene Vollmacht zu übernehmen;

III. daß sie in Ansehung ihres Inhaltes unzureichend sey;

IV. daß ihr eine wesentliche Förmlichkeit mangle;

V. daß sie schon erloschen sey.

§. 57.

I. Grundsatz für die persönliche Fähigkeit der Partheien, gerichtliche Vollmachten zu ertheilen.

In Betreff der Berechtigung, Vollmachten zur Proceßführung zu ertheilen, muß zwischen jenen, die von der Parthei selbst herrühren und jenen, die ihr Sachwalter einem Andern ausgestellet hat, unterschieden werden.

Bevollmächtiget die Parthei selbst einen Sachwalter zum Processe: so ist ihr Recht zu diesem Acte und die davon abhängende Gültigkeit der Vollmacht nach folgender Regel zu beurtheilen: Nur jener ist persönlich fähig, zur Führung eines Rechtsstreites einen Sachwalter zu bevollmächtigen, welcher befugt wäre, wegen dieses Streitgegenstandes für sich allein als Kläger aufzutreten, oder sich gerichtlich zu vertheidigen. — Denn durch die Vollmacht soll der Bevollmächtigte das Recht erhalten, im Nahmen des Machtgebers ein Geschäft zu verrichten a); es muß daher, damit die Vollmacht gültig ertheilt werde, der Gewaltgeber das Recht zur Besorgung dieses Geschäftes früher selbst haben, weil niemand an einen Andern mehr Recht übertragen kann, als er selbst hat. Hieraus folgt:

1) daß die unter väterlicher Gewalt, Vormundschaft oder Curatel stehenden Personen nicht berechtiget sind, in den sie betreffenden Rechtsangelegenheiten Sachwalter zu bevollmächtigen; es wäre denn, daß die Streitsache ein Vermögen beträfe, worüber dem Minderjährigen die freie

Verwaltung und das Recht, sich zu verpflichten, zusteht (s. die §§. 31. 35 und 41.). Außer diesem Falle wäre die ertheilte Vollmacht selbst dann ungültig, wenn sie auch blos den Zweck haben sollte, der wider den Minderjährigen oder Pflegebefohlenen selbst angestrengten Klage die Einwendung der mangelnden Legitimation des Geklagten zum Processe (s. die §§. 34. 38 und 44.) durch den Sachwalter entgegen zu setzen, weil es Sache des Vaters, Vormundes oder Curators ist, diese Einwendung geltend zu machen.

2) Diejenigen, welche das Recht haben, als Kläger oder Geklagte selbst vor Gericht zu erscheinen, sind befugt, einen Sachwalter zu bevollmächtigen, wiewohl sie sich in Verhältnissen befinden mögen, in welchen sie gehindert sind, von diesem Rechte, sich selbst zu vertreten, Gebrauch zu machen; also auch verhaftete Criminalinquisiten und zum Kerker des ersten Grades verurtheilte Verbrecher (s. §. 30.).

a) A. b. Gzb. §. 1002.

§. 58.

Auch ein Cridatar hat diese persönliche Fähigkeit in gewissen Fällen.

Die Eröffnung des Concurses entsetzt den Cridatar zum Besten seiner Gläubiger der freien Verwaltung des zum Concurse gezogenen Vermögens (s. §. 48.); an seiner persönlichen Fähigkeit aber, Verträge zu schließen, Rechte zu erwerben und sich Verbindlichkeiten aufzulegen, hat sie nicht das Mindeste geändert. Freilich kann aus verbindlichen Handlungen des Cridatars, die er nach eröffnetem Concurse unternahm, kein Anspruch auf das Cridavermögen entspringen, und wenn er hintennach etwas erwirbt, wird es zum Concurse gezogen; allein das erstere ist nicht

wegen einem etwaigen Mangel persönlicher Fähigkeit, sondern deshalb Rechtens, weil der Cridatar von der Zeit an, da der Concurs eröffnet, also er der Verwaltung des Concursvermögens entsetzt wird, auch keine Disposition über dasselbe treffen, und einem Andern Rechte hierauf einräumen kann; das letztere aber setzt sogar seine persönliche Fähigkeit zum Rechtserwerbe voraus.

Hieraus folgt nun, daß der Cridatar in allen Fällen, in welchen er selbst als Kläger oder Geklagter vor Gericht zu erscheinen befugt ist, auch das Recht habe, einen Sachwalter zu bevollmächtigen. — Diese Fälle sind:

1) wenn der Rechtsstreit blos um Personenrechte geführt wird. Denn diese können keinen Bestandtheil des Cridaactiv- oder Passivstandes ausmachen, weil der Concurs nur über das Vermögen eröffnet wird;

2) wenn er ein, in einer andern Provinz liegendes, also zu dem in der hiesigen Provinz eröffneten Concurse nicht gehöriges Gut des Cridatars betrifft, so lange in jener Provinz keine Concurseröffnung erfolgt. Denn der von der Personalinstanz des Verschuldeten eröffnete Concurs erstrecket sich in Ansehung der unbeweglichen Güter desselben nur auf jene, die in der nämlichen Provinz liegen a), er hat also die freie Verwaltung des in einer andern Provinz liegenden Gutes so lange, bis auch von der dortigen Behörde über ihn der Concurs verhängt wird.

3) Wenn der Cridatar selbst wegen was immer für eines Rechtes geklagt wird. Denn jedem Gläubiger steht frei, den Concursschuldner selbst, sowohl während dem Laufe der Concursverhandlung als nach Endigung derselben zu belangen, in so fern er sich blos an dessen Person oder an das in einer andern Provinz befindliche, dem Concurse noch nicht unterzogene Vermögen hal-

ten will b). — Es könnte daher auch der Cridatar über eine, gegen ihn selbst angestrengte, Klage Mangel seiner Legitimation zum Processe nicht einwenden, und den Kläger auf die Liquidation gegen den Concursmassevertreter verweisen, weil diese nur dann nothwendig ist, wenn der Gläubiger seine Befriedigung aus dem Concursvermögen, so weit dieses reicht, zu erlangen beabsichtiget.

a) Allg. Conc. O. §. 1. — Hofd. v. 1. April 1784. c) n. 271 und v. 6. Mai 1801. n. 523.

b) Hofd. v. 12. Novemb. 1787. n. 745.

§. 59.

Substitutionsrecht der Sachwalter.

Ob einem Sachwalter das Recht zustehe, einen Andern zu bevollmächtigen? oder was dasselbe ist: ob einem Sachwalter das Substitutionsrecht zukomme? — ist eine Frage, die sich nicht durch Aufstellung einer Regel beantworten läßt. Man muß vielmehr zwischen den verschiedenen Arten der Sachwalter einen Unterschied machen, und da zeigt es sich, daß das Recht zu substituiren einigen ohne weiters, andern gar nicht, und wieder andern nur unter gewissen Bedingungen eigen sey.

1) Nach dem allg. b. Gzb. §. 243 muß der Vormund den Minderjährigen entweder selbst vertreten, oder durch einen Andern vertreten lassen, und nach §. 282 sind die Rechte der Curatoren aus den, den Vormündern hierüber ertheilten Vorschriften zu beurtheilen. Vormünder und Curatoren sind daher, in so fern sie selbst zum Processe für den Pupillen oder Curanden legitimirt sind, auch befugt, einen andern Sachwalter zu bevollmächtigen.

Auch der Vater als gesetzlicher Vertreter seiner minderjährigen Kinder, und der Ehemann als gesetzlicher Vertreter seiner Gattin hat das Recht, einen Sachwalter zur Führung des Processes zu bevollmächtigen. Denn nicht nur allein, daß sich kein Grund wahrnehmen ließe, weshalb dieses Recht dem Vater und Ehemanne in den Rechtsangelegenheiten seiner minderjährigen Kinder und rücksichtlich seiner Gattin nicht zukommen sollte, da es doch die Gesetze dem Vormunde und dem Curator ausdrücklich zusprechen, sondern es könnte auch ohne Widerspruch nicht gedacht werden, daß jenem, der ein Recht und eine Pflicht zum Zwecke hat, untersagt wäre, die Mittel vorzukehren, die zu diesem Zwecke führen sollen. Ein solches Mittel zum Zwecke, nämlich zur Vertretung der minderjährigen Kinder oder der Gattin vor Gericht, ist die Bevollmächtigung eines Sachwalters. Wäre diese dem Vater oder Ehemanne nicht gestattet: so würde er häufig wegen seiner Unkenntniß der Rechte, großer Entfernung des Gerichtes, vor welchem der Rechtsstreit geführt werden soll u. s. f., die ihm obliegende Vertretung entweder gar nicht, oder nur sehr unvollkommen besorgen können.

Diese Gründe sprechen auch für das Recht des Concursvermögensverwalters, zur Einklage der Cridaactivforderungen einen Rechtsfreund zu bevollmächtigen (s. §. 46.); es wäre denn erweislich, daß hierüber von den Concursgläubigern und dem Gerichte eine andere Verfügung getroffen worden ist.

2) Das Fiscalamt hat niemahls das Recht, die ihm obliegende Führung eines Rechtsstreites vollmachtweise an einen Andern zu übertragen a). Auch der Vertreter der Concursmasse hat das Recht nicht, sich einen Andern zu substituiren. Dies geht daraus hervor, weil der Concursinstanz verordnet ist, demselben einen Substi-

tuten beizugeben b). Sollte dieses die Concursbehörde unterlassen haben, und das Bedürfniß eines Substituten eintreten: so ist dessen Bestellung bei ihr anzusuchen, oder von ihr von Amtswegen zu verfügen.

3) Bei allen andern durch den Auftrag der Behörde, und bei den durch rechtsgültigen Privatwillen legitimirten Sachwaltern kommt es in Ansehung des Rechtes, zu substituiren, zuerst darauf an, ob ihnen dasselbe in der, ihre Bestellung ausweisenden Urkunde ausdrücklich zugestanden worden ist oder nicht. In jenem Falle ist an ihrem Substitutionsrechte kein Zweifel; in diesem aber kommt es ihnen nur dann zu, wenn die Bestellung eines Substituten durch die Umstände unvermeidlich wird c). Diese Unvermeidlichkeit der Substitution tritt insbesondere dann ein, wenn die Parthei eine Vollmacht zur Führung eines Rechtsstreites in ihrem Nahmen an eine solche Person ertheilt, welche zur Praxis nicht berechtigt ist (s. §. 78.), welches zuweilen dann geschieht, wenn der Rechtsstreit an einem andern Orte geführt werden soll, wo die Parthei keinen der dortigen Rechtsfreunde kennt, um sich sogleich an ihn wenden zu können. In diesem Falle ist der Machthaber berechtiget, einen Rechtsfreund aufzunehmen und zu bevollmächtigen, wiewohl in der ihm ertheilten Vollmacht von diesem Rechte keine Erwähnung geschah.

a) Von der Substituirung eines Andern zur Vornahme einzelner Proceßhandlungen oder zur Vorkehrung der Sicherstellungsmittel ist hier nicht die Rede.

b) Hofd. v. 18. Mai 1790. o) n. 23.

c) Allg. b. Gzb. §. 1010. — Tritt kein solcher Nothfall ein; so verbinden die Handlungen des Substituten die Parthei nicht, und es ist der Gegentheil demselben Mangel der Legitimation einzuwenden befugt.

§. 60.

II. Persönliche Fähigkeit zur Annahme gerichtlicher Vollmachten.

Über die persönliche Fähigkeit zur Annahme einer Vollmacht und zur Besorgung des übertragenen Geschäftes bestimmet das allg. b. Gzb. §. 1018, daß, wenn der Gewaltgeber eine solche Person bevollmächtiget, die sich selbst zu verbinden unfähig ist, die innerhalb der Gränzen der offenen Vollmacht geschlossenen Geschäfte sowohl für den Gewaltgeber als für den Dritten verbindlich sind. Hieraus folgt, daß — obwohl sich eine Person, die sich selbst zu verbinden unfähig ist, durch Annahme der Vollmacht jene Pflichten nicht auflegen kann, die sonst der Gewalthaber zu erfüllen hat — der Gegner aus dieser Unfähigkeit des Bevollmächtigten, sich selbst zu verbinden, die Ungültigkeit der Vollmacht nicht behaupten, und die Einwendung mangelnder Legitimation des Gewalthabers zum Processe nicht herleiten könne (da der Machtgeber dessen processualische Handlungen, wenn sie nicht die Gränzen der Vollmacht überschreiten, anzuerkennen schuldig ist), *dafern nur der Bevollmächtigte nicht absolut unfähig ist, irgend eine gültige Willenserklärung abzugeben* a).

Dieser beschränkende Beisatz ist in den Gesetzen gegründet. Denn wenn jemand absolut unfähig ist, eine gültige Willenserklärung abzugeben: so kann er auch in den Bevollmächtigungsvertrag nicht einwilligen; derselbe ist also ungültig, weil es ihm an einem wesentlichen Erfordernisse jedes Vertrages (beiderseitige, übereinstimmende, gültige Willenserklärung) gebricht b).

Die Personen, welche keine gültige Willenserklärung

abgeben, daher auch gar keine Vollmacht übernehmen können, sind:

1) die den Gebrauch der Vernunft nicht haben (Rasende, Wahn- und Blödsinnige);

2) Kinder unter sieben Jahren c);

3) Verbrecher, die zur Todes-, zur schweren oder schweresten Kerkerstrafe verurtheilt sind, von dem Tage des ihnen angekündigten Urtheiles, und so lange ihre Strafzeit dauert d). — Unmündigen, Minderjährigen und gerichtlich erklärten Verschwendern dagegen kann, wenn sie eine Vollmacht zur Proceßführung im Nahmen eines Andern angenommen haben, eben so wenig wie denjenigen, die für sich allein gültige Verbindlichkeiten eingehen können, die Ungültigkeit der Vollmacht aus dem Grunde eines Mangels persönlicher Fähigkeit zur Annahme derselben eingewendet werden.

a) Ich muß bemerken, daß hier nur von der Legitimation der Sachwalter zum Processe, nicht aber von dem Rechte und der Legitimation derselben zur Praxis die Rede sey. Die erstere ist in Absicht auf persönliche Fähigkeit zur Annahme einer Vollmacht lediglich nach den, für den Bevollmächtigungsvertrag überhaupt geltenden, Grundsätzen zu beurtheilen; und hievon hängt auch die Gültigkeit der weitern Vollmacht ab, die ein solcher zur Praxis nicht berechtigter Sachwalter einem hiezu legitimirten Rechtsfreunde zur Führung des Processes substitutionsweise ausstellet (s. den vor. §.).

b) A. b. Gzb. §. 861.

c) Ebenda §. 865.

d) Ebenda §. 868 und Strafgesetz, Theil I. §. 23. c)

§. 61.

III. Inhalt der Vollmacht.

Damit der Inhalt der Vollmacht die Legitimation

des Sachwalters zum Processe keiner Beanständigung aussetze, ist hierüber folgendes zu beobachten:

1) In Ansehung der Formel, durch welche der Gewaltgeber seinen Willen zu erklären beabsichtiget, zur Führung eines Rechtsstreites einen Andern zu bevollmächtigen, muß zwischen dem Sachwalter des Klägers und jenem des Geklagten unterschieden werden. Das allg. b. Gzb. §. 1008 fordert zu dem Geschäfte: »im Nahmen eines Andern Processe anhängig machen« eine besondere, auf diese Gattung der Geschäfte lautende Vollmacht, und erkläret allgemeine, selbst unbeschränkte Vollmachten (zur Besorgung aller Geschäfte des Machtgebers) hiefür nur dann hinreichend, wenn diese Geschäftsgattung in der Vollmacht ausgedrückt worden ist. Weil nun der Sachwalter des Klägers den Proceß anhängig macht: so folgt, daß er entweder eine auf diesen einzelnen Rechtsstreit speciell lautende, oder eine solche Vollmacht produciren müsse, in welcher ihm generell das Recht ertheilt wird, im Nahmen des Machtgebers Processe anhängig zu machen, welches in den Vollmachten gewöhnlich durch die Formel: »mich in allen Rechtsangelegenheiten als Kläger oder Geklagten« oder: »activ und passiv zu vertreten« ausgedrücket wird.

Der Sachwalter des Geklagten macht den Rechtsstreit nicht anhängig, es ist daher schon genug, wenn dessen Vollmacht in allgemeinen, auf gerichtliche Vertretung lautenden Ausdrücken verfaßt ist a) Auch eine zur Besorgung aller Geschäfte des Machtgebers ausgestellte Universalvollmacht legitimirt ihn hinreichend zum Processe, obgleich hierin das Recht zur gerichtlichen Vertretung des Gewaltgebers nicht ausgedrückt ist.

Hat der Bevollmächtigte schon etwas ohne hinreichende Vollmacht unternommen: so ist dessen Genehmigung

in der Vollmacht, die ihm nunmehr ertheilt wird, auszudrücken.

2) Wird die Vollmacht zur Proceßführung einem Advokaten ertheilt: so muß hierin demselben entweder ein Substitut bestellet, oder ihm ausdrücklich das Befugniß eingeräumt werden, einen solchen zu ernennen b). Im ersten Falle hat der ernannte Substitut, wenn er die Substitution annehmen will, diese Annahme unter der Vollmacht durch seine ausdrückliche Erklärung und Unterschrift zu bestättigen c).

3) Die Vollmacht soll auch auf die Erben des Gewaltgebers gerichtet seyn, oder, wie die Praxis sagt, die clausula heredum enthalten. Der §. 416 der allg. G. O., welcher dies vorschreibt, legt jedoch auf dessen Unterlassung kein besonderes Gewicht, weil er sagt, daß, wenn die Vollmacht nicht auch für die Erben des Machtgebers ertheilt worden wäre, nach dem allfälligen Absterben desselben der Proceß gleichwohl unaufgehalten fortgesetzet werden soll. Damit stimmet auch das allg. b. Gzb. §§. 1022 und 1025 überein, wornach in diesem Falle der Erlöschung einer Vollmacht dennoch alle Geschäfte, die keinen Aufschub leiden, so lange fortzusetzen sind, bis die Erben des Gewaltgebers eine andere Verfügung getroffen haben oder füglich treffen konnten.

In manchen Vollmachten hat sogar die clausula heredum hinweg zu bleiben. Dies ist in allen Fällen zu beobachten, wo den Erben des Gewaltgebers kein Recht über die Streitsache zustehen, und also in ihrem Nahmen die Vollmacht nicht ertheilet werden kann. Dahin gehören die Vollmachten, die der Vater oder Ehemann zur Vertretung seiner Kinder oder Gattin; der Vormund oder Curator zur Führung eines, den Pupillen oder Curanden betreffenden Rechtsstreites, oder überhaupt ein Sachwalter ausstellet,

wodurch er einen Andern substituiret. Denn die Erben des Vaters oder Ehemannes erhalten die väterliche oder ehemännliche Gewalt nicht, und die Vormundschaft oder Curatel geht an die Erben des Vormundes oder Curators nicht über, auf sie ist also die Vollmacht niemahls auszudehnen.

In Vollmachten dagegen, welche Kirchenprälaten, Äbte und Äbtissinen in Angelegenheiten ihres geistlichen Beneficiums ausstellen; ferner in den Vollmachten der Stände einer Provinz in corpore, der Domcapitel, Städte und anderer geistlicher oder weltlicher Gemeinden; dann in den Vollmachten, welche der Besitzer eines Lehen- oder Fideicommißgutes in den dasselbe betreffenden Rechtsangelegenheiten ausstellet, ist es angemessener, dieselben nicht auf die Erben, sondern auf die Nachkommen des Gewaltgebers zu richten d).

Die Zusicherung des Machtgebers, daß er die Handlungen des Bevollmächtigten genehm halten wolle, ist in der Vollmacht überflüssig, weil sie ihnen, so fern sie außer den Gränzen derselben unternommen werden, keine Rechtsgültigkeit verleiht; jene aber, die der Machthaber der Vollmacht gemäß unternimmt, verbinden ohnehin den Gewaltgeber, und bedürfen dieser besondern Zusicherung der Genehmhaltung nicht. — Das Versprechen des Machtgebers in der Vollmacht endlich, den Sachwalter vollständig entschädigen oder belohnen zu wollen, mag dem letztern in seinem Rechtsverhältnisse gegen den Gewaltgeber ganz zuträglich seyn; es trägt aber zu dem Zwecke, zu welchem der Sachwalter im Processe die Vollmacht producirt, nämlich zu seiner Legitimation nichts bei.

a) Resolution v. 14. Juni 1784. a) n. 306. — Wiewohl diese Verordnung ohne Unterschied zwischen des Klägers und

des Geklagten Sachwalter spricht: so kann sie doch in Ansehung des erstern nicht mehr angewendet werden, sondern ist durch den §. 1008 des allg. b. Gzb. aufgehoben worden.

b) A. G. O. §. 416.

c) Resolution v. 31. Octob. 1785. ss) n. 489.

d) Ludwig Ferdinand Dapp Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Prozeß. Frankfurt a. M. 1789. §§. 274 u. 276.

§. 62.

Ob jener, der bevollmächtigt ist, eine Forderung zu erheben, deshalb schon legitimiret sey, sie einzuklagen?

Nachdem das allg. b. Gzb. §. 1008 zur Anstellung einer Civilklage im Nahmen eines Andern, wenn keine Specialvollmacht hiezu vorhanden ist, wenigstens eine auf das Recht, Processe im Nahmen des Machtgebers anhängig zu machen, generell lautende Vollmacht erfordert; weil ferner daselbst das Geschäft: »Processe anhängig zu machen« jenem: »Geld oder Geldeswerth zu erheben« coordinirt, für jedes wenigstens eine hierauf lautende Generalvollmacht gefordert und daher angezeigt wird, daß derjenige, der die Vollmacht erhielt, die Forderung zu erheben, noch nicht bevollmächtiget sey, dieselbe im Falle der Zahlungsverweigerung einzuklagen; gleichwie nicht umgekehrt behauptet werden kann, daß in der Vollmacht, eine Forderung einzuklagen, auch schon das Recht für den Sachwalter enthalten sey, dieselbe in Empfang zu nehmen; so scheint es, als ob diese Frage verneinet werden müßte.

Allein vor allem wird vorausgesetzt, daß, wenn der zur Erhebung einer Forderung Bevollmächtigte dieselbe wider den Schuldner oder Bürgen einklagt, er sich in

der Klage als Bevollmächtigten des Gläubigers genannt und als solchen rubricirt habe. Hätte er dieses unterlassen, also die Forderung gleichsam im eigenen Nahmen eingeklagt: so könnte der Klage die Einwendung der dem Kläger mangelnden Legitimation zur Sache entgegen gesetzet werden (s. unten §. 87 ff.). Kann aber dem klagenden Sachwalter in diesem Punkte nichts ausgestellet werden: so halte ich dafür, daß ihm seine Vollmacht zur Erhebung der in Frage befindlichen Forderung auch zum Processe gegen den Schuldner oder Bürgen legitimire, aus dem Grunde, weil die Einklage der Forderung im Falle der Zahlungsverweigerung ein schickliches und nothwendiges Mittel ist, um den Zweck der Vollmacht (Erhebung der Forderung) zu realisiren, und von dem, der einem Andern ein Geschäft anvertraut, angenommen wird, daß er ihm auch die Macht eingeräumt habe, alle Mittel vorzukehren, welche die Vollführung des Geschäftes erfordert, mit demselben nothwendig oder gewöhnlich verbunden sind a). — Obwohl es nun wahr ist, daß umgekehrt in der Vollmacht — eine Forderung einzuklagen — das Befugniß für den Sachwalter nicht enthalten ist, dieselbe in Empfang zu nehmen: so ist dies doch kein passendes Argument, welches der Richtigkeit der obigen Behauptung: daß die Vollmacht zur Erhebung einer Forderung stillschweigend das Befugniß zur Einklage derselben in sich schließe — Eintrag thun könnte, weil die Erhebung der Forderung kein Mittel ist, um die auf gerichtliche Einklagung derselben lautende Vollmacht zur Ausfuhrung zu bringen.

a) A. b. Gzb. §§. 1009 und 1029. — Vergl. auch oben §. 59. 1)

§. 63.

Übergang auf die Indossation eines Wechsels per procura.

Die Wechsel-Ordnung vom J. 1763. Art. XXXII erklärt die Indossation eines Wechsels, welcher eines der in diesem Artikel festgesetzten Requisiten des Giro abgeht, blos für eine gemeine Procura, und den Wechsel selbst fortwährend für ein Eigenthum des Indossenten. Worauf eine solche Procura gehe, und zu welchen Handlungen sie den Indossaten authorisire? bestimmet zwar die Wechselordnung nicht; allein die österreichischen Schriftsteller über das Wechselrecht nehmen an, daß sie den Procuraträger zur Erhebung der Wechselforderung im Nahmen des Indossenten legitimire a). Hiernach ist unzweifelhaft, daß — wenn der Inhaber eines Wechsels keine, die Eigenthumsübertragung desselben bewirkende Indossation, sondern blos eine Indossation per procura für sich hat, und er die Zahlung des Wechsels einklagen will — er dies nicht im eigenen Nahmen thun könne, sondern sich in der Klage als Procuraträger des Indossenten nennen müsse, widrigens ihm Mangel der Legitimation zur Sache eingewendet werden könnte (s. den vor. §.).

That er dies, und geht der auf ihn lautenden Indossation keine solche voran, die nur als bloße Procura zu achten ist: so ist er auch legitimirt, die Wechselforderung im Nahmen des Indossenten einzuklagen, weil die Vollmacht, eine Forderung zu erheben, auch jene, sie im Falle der Zahlungsverweigerung einzuklagen, in sich faßt (vergl. d. vor. §.).

Tritt diese Voraussetzung aber nicht ein, sondern ist schon ein vorhergehendes Indossament nur als ge-

meine Procura zur Einkassirung der Wechselforderung anzusehen: so kommt es, meiner Meinung nach, gar nicht darauf an, in welcher Form die letzte, auf den gegenwärtigen Inhaber des Wechsels lautende Indossation — ob in der eines förmlichen Giro, oder in jener einer Procura — erscheine, weil der erste Procuraträger an diejenigen, an die er den Wechsel im Wege der Indossation überließ, und so fort Einer an den Andern nicht mehr Recht, als er selbst hatte, überlassen, daher auch kein Eigenthum des Wechsels, sondern höchstens nur die Vollmacht zur Erhebung der Wechselforderung für Rechnung des ursprünglichen Machtgebers übertragen konnte. Denn jeder nachfolgende Wechselübernehmer war in der Lage, sich aus den vorangehenden Indossationen zu überzeugen, daß einer der vorgehenden Indossaten nur Bevollmächtigter zur Einkassirung des Wechsels, also zur Abtretung desselben nicht berechtiget gewesen ist b). Die letzte Indossation kann also in diesem Falle, sie mag wie immer lauten, nie für mehr als für eine gemeine Procura angesehen werden.

Ob aber diese Procura gültig sey, und den Inhaber des Wechsels zur Einklage und Einkassirung desselben berechtige? — ist eine Frage, welche mit der identisch ist: ob der ursprüngliche Procuraträger berechtiget war, seine Vollmacht an einen Andern abzutreten? — Lautet die erste Indossation per procura auf die Ordre des Indossaten: so ist dies ein Zeichen, daß jener Indossent, welcher noch dermahl des Wechsels Eigenthümer ist, das Recht zu substituiren auf den Indossaten übertragen wollte, und in dieser Hinsicht ist über die Gültigkeit der ferneren Indossationen als Procuren kein Zweifel. Wenn aber die erste Procura nicht an die Ordre des Indossaten, sondern blos auf dessen Nahmen gestellet war: so müßte der dermalige Wechselinhaber als letzter Indos-

sat, um seine Legitimation zur Einklage und Erhebung der Wechselforderung herzustellen, noch weiter erweisen, daß die Umstände die weitere Indossation des Wechsels von Seite des ersten Procuraträgers unvermeidlich gemacht haben, weil außer diesem Nothfalle der erste Procurageber als Wechseleigenthümer, der zur Substitution ausdrücklich keine Macht ertheilte, die Handlungen des Substituten anzuerkennen nicht schuldig ist c), daher auch der Wechselschuldner, wenn er an den letzten Indossaten zu zahlen verhalten würde und wirklich zahlte, wiewohl ihm der Wechsel quittirt ausgeliefert wird, nicht gesichert wäre, wegen dieser Wechselschuld, da sie an den unrechten Mann gezahlt wurde, von dem Wechseleigenthümer nicht in Anspruch genommen zu werden d).

a) Aldobrand Koschak das österreichische Wechselrecht. Grätz, 1805. §§. 124 u 125. — Ferdinand Neupauer das österreichische Wechselrecht. Wien, 1822. §. 133. — D. Vincenz August Wagner Kritisches Handbuch des in den österreichisch-deutschen Staaten geltenden Wechselrechtes. Wien, 1823. Bd. I. §. 124. — Ignatz Sonnleithner spricht sich hieruber in seinem Leitfaden über das österreichische Handels- und Wechselrecht, 3te Auflage, Wien und Triest, 1815. 2te Abtheilung §. 124, und in seinem Lehrbuche des österreichischen Handels- und Wechselrechtes, Wien, 1820. §. 502 nicht deutlich aus.

In der Anleitung zur Kenntniß des Wechselrechtes von Johann Michael Edlen v. Zimmerl, Wien, 1821. §§. 75, 82 — 84 wird aber die Behauptung aufgestellt, daß eine als Procura geltende Indossation des Wechsels den Indossaten ermächtige, denselben für den Wechseleigenthümer einzukassiren, oder zu vernegoziren und an einen Andern förmlich zu giriren. Hiedurch hat dieser Schriftsteller zugleich behauptet, daß eine jede fernere Indossation dieses Wechsels von Seite des Procuraträgers gültig sey, und den ferneren Indossaten zum Processe gegen den

Wechselschuldner rechtfertige, — und wenn sie die Form eines eigentlichen Giro hat, an diesen sogar das Eigenthum des Wechsels übertrage, daher ihn gegen den Wechselschuldner activ zur Sache legitimire. — Dieser Ansicht kann ich nicht beitreten. Weder das Gesetz (Art. XXXII der W. O.) noch der Inhalt der Procura, wie er gewöhnlich lautet, unterstützen eine solche ausdehnende Erklärung derselben; sie ist daher, wenn nicht die ausdrücklichen Worte der Procura hierauf leiten, um so weniger zulässig, weil der Procuraträger in dem Falle, wenn er zur Vernegozirung des Wechsels berechtiget wäre und diese wirklich vornähme, dem Procurageber nach den Grundsätzen des Giro die volle Haftung für den Wechsel gegen alle fernere Indossaten auflegen würde, was bei der Einkassirung desselben nicht eintritt. Uebrigens spricht der Art. 32 der W. O. das Eigenthum eines per procura indossirten Wechsels dem Indossenten zu, und macht keinen Unterschied, ob der Procuraträger denselben weiter indossirt habe oder nicht, — eine Disposition, die mit einem Rechte des Bevollmächtigten, den Wechsel zu verhandeln, in so fern ihm dieses Recht nicht ausdrücklich eingeräumt wurde, nicht vereinbarlich wäre. — Daß endlich das Wort: »Ordre« in der Procura den Procuraträger nicht zum Giro, sondern nur zur Substitution berechtige, wird im vorstehenden §. gezeigt.

b) Dieser Grundsatz des Civilrechtes, daß niemand an einen Andern mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat, ist zwar im Wechselrechte nicht allzeit anwendbar, aber er gilt nach dem Sinne des Art. IX der W. O. gewiß dann, wenn der Wechselübernehmer sich aus der Ansicht des Wechsels und seiner Indossationen von dem geringeren Umfange des Rechtes seines Vormannes überzeugen konnte. Er leidet in diesem Falle aus eigenem Verschulden.

c) Allg. b. Gzb. §. 1010.

d) Ich finde anzumerken nothwendig, daß ich in diesem §. blos von der Legitimation des Wechselinhabers zur Einklage desselben mit Rücksicht auf den Fall gehandelt habe, wenn er die unbedingte Zahlung des Wechsels fordert.

Denn jeder Inhaber eines fälligen Wechsels, wenn er auch gar keine Indossation für sich hat, ist berechtiget, gegen den Acceptanten im fremden, und gegen den Aussteller im eigenen Wechselgeschäfte darauf zu klagen, daß dieser entweder den Wechselbetrag gerichtlich deponire, oder ihm gegen genugsame Caution verabfolge. W. O. Art. XXXIV.

§. 64.

IV. Form der gerichtlichen Vollmachten.

Die Form der Vollmacht, in so fern von ihr die Gültigkeit derselben und die Legitimation des Sachwalters abhängt, beziehet sich auf die Sprache, in welcher sie verfaßt werden soll, auf die Unterfertigung derselben und auf die Legalisirung der Unterschriften. Im Allgemeinen ist zu merken, daß nur Vollmachten, die im hiesigen Staate ausgestellt werden, den durch unsere Gesetze hiefür vorgeschriebenen Förmlichkeiten unterliegen; die Gültigkeit der Vollmachten dagegen, die von hiesigen Unterthanen oder von Ausländern im Auslande errichtet worden sind, ist, in so fern dieselbe von der Form abhängt, nach den Gesetzen des Ortes zu beurtheilen, wo sie ausgestellet wurden a); natürlich mit Vorbehalt jener Erfordernisse, welche unsere Gesetze für solche im Auslande errichtete Vollmachten insbesondere vorschreiben sollten, um im hiesigen Staate wirksam zu seyn (s. unten §. 70.).

a) Hofd. v. 22. Juli 1812. b) n. 997. — S. auch v. Zeiller's Commentar über den §. 4 des allg. b. Gesetzbuches.

§. 65.

Von der Sprache, in welcher sie abzufassen sind.

Es ist gleichgültig, in welcher Sprache die Vollmacht

abgefaßt ist a). Sollte sie jedoch in einer dem Gerichte nicht verständlichen Sprache — wohin mit Ausnahme der deutschen, lateinischen und der Landessprache alle übrigen gerechnet werden — verfaßt seyn: so ist nebst der Original-Vollmacht auch eine Übersetzung derselben in die Sprache des Gerichtes den Acten beizulegen, und wenn der Gegner die Übereinstimmung der Übersetzung mit dem Urterte der Vollmacht läugnet, diese Übereinstimmung durch Sprachverständige gemäß dem, von dem Beweise durch Kunstverständige handelnden 17. Hauptstücke der allg. Gerichtsordnung zu erweisen b).

Eine Ausnahme von der Freiheit, die Vollmachten in beliebiger Sprache zu verfassen, macht die hebräische und jüdische Sprache und Schrift, und jede Vollmacht, so wie jede andere Urkunde, ist ungültig, wenn sie in der hebräischen Sprache verfaßt, oder auch nur mit hebräischen oder jüdischen Buchstaben geschrieben worden ist c).

a) Hofd. v. 22. Juni 1789. n. 1023.

b) Hofd. v. 2. Juni 1788. b) n. 839.

c) Hofkanzleydecret v. 22. Octob. 1814. n. 1106. Dasselbe hatte schon das Hofd. v. 19. Octob. 1781. §. 1 und das Patent v. 2. Jänner 1782. §. 15. (s. Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die k. k. Erbländer ergangenen Verordnungen in einer sistematischen Verbindung. Bd. IV. S. 60 und 74) mit Bestimmung einer vacatio legis von zwei Jahren angeordnet. — Die Erklärung des Hofdecretes v. 19. Juli 1816. n. 1266 endlich, daß eine von einem Ausländer zu Gunsten eines österreichischen Unterthanes in der jüdischen Sprache ausgefertigte, einseitig verbindende Schrift durch die Verordnung vom 22. Octob. 1814 nicht für ungültig erklärt worden sey, findet auf Vollmachten keine Anwendung, weil der Bevollmächtigungsvertrag kein den Gewaltgeber einseitig verbindendes Geschäft ist.

§. 66.

Unterfertigung der Vollmacht.

Über die Unterschrift der Vollmacht verordnet der §. 416 der allg. G. O., daß sie von jeder einzelnen Parthei eigenhändig zu unterfertigen sey. Ist der Machtgeber des Schreibens unkundig, oder wegen körperlicher Gebrechen zu schreiben unfähig: so muß er zwei unbedenkliche a) Zeugen, deren einer den Nahmen der Parthei unterfertiget, zur Mitfertigung der Vollmacht beiziehen, und sein gewöhnliches Handzeichen beirücken b). Denn obwohl der §. 116 der allg. G. O. in dem Falle, wenn der Aussteller einer Privaturkunde nicht fähig ist, sie zu unterschreiben, die Beirückung seines gewöhnlichen Handzeichens nicht fordert: so ist doch die äußere Form der Vertragsurkunden, zu welchen auch die Vollmächten gehören, in diesem Punkte nicht nach dem §. 116 der G. O., sondern nach dem, in dem 17. von Verträgen überhaupt handelnden Hauptstücke des allg. b. Gesetzbuches enthaltenen, §. 886 als einem späteren Gesetze zu beurtheilen.

Außer diesem Falle ist die Beiziehung der Zeugen zur Mitfertigung der Vollmacht nicht nothwendig, und niemahls ist erforderlich, daß sie der Machtgeber durchaus eigenhändig schreibe oder sein Siegel beidrücke.

a) Hofd. v. 23. Juli 1789. a) n. 1038.
b) A. b. Gzb. §. 886.

§. 67.

Von der Nahmensunterzeichnung mit hebräischen oder jüdischen Buchstaben.

Weil das Gesetz unter Strafe der Ungültigkeit verbiethet, Urkunden in hebräischer Sprache zu verfassen,

oder auch nur mit hebräischen oder jüdischen Buchstaben zu schreiben (s. den §. 65.): so gibt dies zu der Frage Veranlassung: ob eine in erlaubter Sprache verfaßte, auch nicht mit hebräischen oder jüdischen Buchstaben geschriebene Vollmacht ungültig sey, wenn der Aussteller seinen Nahmen mit hebräischen oder jüdischen Buchstaben unterzeichnet hat? — Als eine gültige Unterschrift kann die Nahmensunterzeichnung mit hebräischen oder jüdischen Buchstaben nicht angesehen werden, weil das Hofkanzleidecret vom 22. Octob. 1814 ausdrücklich enthält: »Se. »Majestät haben geruhet zu befehlen, daß der Gebrauch der »hebräischen und sogenannten jüdischen Sprache und Schrift »in allen öffentlichen, in- und außergerichtlichen Handlun»gen aufgehoben werden solle;« allein es steht nichts entgegen, sie als das gewöhnliche Handzeichen des Ausstellers gelten zu lassen, weil dieses weder zur Sprache noch Schrift gehört.

Hieraus folgt, daß die Nahmensunterzeichnuug des Ausstellers mit hebräischen oder jüdischen Buchstaben die Vollmacht nicht ungültig mache; ob sie aber beweiskräftig und zur Legitimation des Bevollmächtigten tauglich sey, hängt davon ab, ob alles dasjenige beobachtet worden, was die Gesetze für den Fall vorschreiben, wenn der Aussteller einer Urkunde sie zu unterschreiben nicht fähig ist (s. den vor. §.).

§. 68.

Von der Unterfertigung der gerichtlichen Vollmachten, welche Gesellschaften oder ganze Gemeinden ertheilen.

Wird von einer Gesellschaft oder ganzen Gemeinde eine Vollmacht ertheilt: so hat sie derjenige zu unterferti-

gen, welchem vermög den Statuten derselben oder nach den Gesetzen die Besorgung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten zusteht und obliegt. Besteht zur Leitung derselben ein Ausschuß von mehreren Gliedern, oder steht, da die Gesellschaft keinen solchen Ausschuß ernannt hat, die Verwaltung allen Gesellschaftsgliedern insgesammt zu: so entscheidet im ersten Falle unter den Ausschuß-, im letztern aber unter den Gesellschaftsmitgliedern über die Frage: ob und wem eine Vollmacht zur Proceßführung im Nahmen der Gesellschaft, Gemeinde oder des Ausschusses einer von beiden zu ertheilen sey? — die Mehrheit der Stimmen, welche jedoch dann, wenn die Gesellschaftsglieder als solche und nicht als Ausschußmitglieder abgestimmet haben, nicht nach den Personen, sondern nach Verhältniß der Antheile der Theilnehmer gezählet werden a). Es ist daher genug, wenn nur die Mehrheit der Ausschuß- oder Gesellschaftsglieder die Vollmacht zur Proceßführung unterschrieben hat; es wäre denn erweislich, daß gemäß den Gesellschaftsstatuten eine solche Vollmacht nur durch Einhelligkeit der Stimmen ertheilt werden könne.

Die nicht von der Gesammtheit, sondern blos von der Mehrheit der Glieder der Gesellschaft oder des Ausschusses, gefertigte Vollmacht gewährt jedoch dem einschreitenden Sachwalter für sich allein noch keine zureichende Legitimation zum Processe; denn es erhellet aus derselben nicht, daß sie auf einem rechtmäßig gefaßten Beschlusse beruhe. Die Mehrheit der Glieder einer Gesellschaft oder des Ausschusses derselben ist nämlich deshalb, weil die Mehrheit der Stimmen bei der Entscheidung gemeinschaftlicher Angelegenheiten den Ausschlag gibt, noch nicht berechtiget, die Minderheit von der Berathschlagung und Entscheidung auszuschließen, und für sich allein zu handeln; es muß daher der Producent der, nur von der Majorität

gefertigten, Vollmacht noch weiter darthun, daß sie gültig ertheilet, nämlich bei dem diesfälligen Beschluße alles das beobachtet worden sey, was die Rechte der Minorität in Rücksicht der Theilnahme an den gemeinschaftlichen Angelegenheiten erforderten b).

a) A. b. Gzb. §§. 833, 838 und 1188.
b) Daß die auf der Vollmacht nicht gefertigte Minorität zur Berathschlagung beigezogen, und diese Angelegenheit durch Mehrheit der Stimmen für die Ertheilung der in Frage stehenden Vollmacht entschieden worden sey, kann am besten durch Vorlegung des bei dieser Berathschlagung aufgenommenen Protocolls ausgewiesen werden.

§. 69.

Besondere Verordnungen über die Unterfertigung der Vollmachten.

1) Um die klösterlichen Urkunden vor Unterschleifen und Verfälschungen sicher zu stellen, ist die von einem Regularstifte oder Kloster auszustellende Urkunde, also auch die Vollmacht, immer von dem Vorsteher des Stiftes oder Klosters eigenhändig mit dem Convente zu unterschreiben, und es darf an einen dritten Geistlichen nicht das Befugniß übertragen werden, dieselbe mit dem Nahmen des Vorstehers und Convents zu unterfertigen a).

2) Ertheilt eine Gewerkschaft eine Vollmacht zur Proceßführung: so ist genug, wenn sie von dem gewerkschaftlichen Schichtmeister oder Verweser, oder von demjenigen ausgestellet und unterfertiget wird, der sonst das Recht hat, im Nahmen der Gewerkschaft zu unterzeichnen b).

3) Die Vollmacht, welche gegeben wird, um die Angelegenheit einer Handlung gerichtlich zu vertreten, hat der Firmaführer mit der Handlungsfirma zu unterzeichnen c). Dieses gründet sich darauf, weil die Handlung

nur durch Geschäfte, die unter ihrem protocollirten Nahmen (Firma) geschlossen werden, verbindlich gemacht — nur unter diesem Nahmen klagen und geklagt werden kann; woraus natürlich folgt, daß nur jener die Vollmacht zur Vertretung der Handlung unterfertigen könne, welcher berechtigt ist, ihren Nahmen zu unterzeichnen. — Weil jedoch nur für die Rechtsangelegenheiten der Handlung vorgeschrieben ist, daß die Vollmacht von dem Firmaführer mit der Firma zu unterzeichnen sey: so folgt weiter, daß in jenen Rechtsangelegenheiten — welche der Handelsmann in gesetzlicher Vertretung seiner Gattin oder Kinder; die er als Vormund oder Curator zu führen hat; die blos Personenrechte betreffen, oder, wenn sie auch Sachenrechte zum Objecte haben, nicht aus den zur Handlung gehörigen Geschäften entsprungen sind, und kein Vermögen derselben angehen; endlich bei gesellschaftlichen Handlungen, wenn der Rechtsstreit nicht die ganze Handlungsgesellschaft als Kläger oder Geklagte, sondern blos eines oder einige ihrer Mitglieder betrifft — die Vollmacht, welche der Handelsmann zur gerichtlichen Vertretung dem Sachwalter ausstellet, nicht mit der Handlungsfirma, sondern mit seinem Nahmen, auch nicht von demjenigen, dem er das Recht zu firmiren eingeräumt hat, sondern von ihm selbst zu unterfertigen sey.

Alles hier Gesagte ist nach der Analogie auch auf Fabricanten und Gewerbsleute anzuwenden, die eine bei dem Mercantil- und Wechselgerichte protocollirte Firma haben d).

a) Hofd. v. 27. März 1787. n. 656.

b) Patent v. 1. Novemb. 1781. §. 30. n. 27.

c) Patent v. 9. April 1782. §. 13. n. 41 und allg. b. Gzb. §. 1201.

d) Daß Fabricanten und Gewerbsleute, wenn ihnen das

Recht zusteht, trockene Wechsel auszustellen, berechtiget sind, ihre Firma protocolliren zu lassen, und daß sie zur Einlegung ihrer Firma verpflichtet werden, wenn sie von dem Rechte zur Ausstellung trockener Wechsel Gebrauch machen, lehrt das Hofkammerdecret v. 29. September 1812. n. 1007.

§. 70.

Legalisirung der Unterschrift.

Es besteht zwar kein Gesetz, daß eine in den österreichischen Erbländern — wiewohl in einer andern Provinz, oder selbst in Ungarn oder Siebenbürgen — ausgestellte Vollmacht, um gültig zu seyn, einer gerichtlichen Bestättigung über die Echtheit der Unterschrift des Ausstellers und der alleanfalls mitgefertigten Zeugen (Legalisirung) bedürfe; sie ist jedoch räthlich, und bei den in einer andern Provinz ausgestellten Vollmachten sogar üblich, um einem Widerspruche der Echtheit derselben in voraus zu begegnen.

Für die Vollmachten, welche in einem fremden Staate ausgestellet werden, war früher ohne Ausnahme verordnet a), daß, wenn sie von einem Orte kommen, wo sich eine k. k. Gesandtschaft oder ein österreichisches Consulat befindet, sie von diesem, um gültig zu seyn, ordentlich legalisiret seyn müssen. In der Folge erschien ein Gesetz b), welches es für die, aus den Ländern des ottomannischen Reiches kommenden Vollmachten bei den früheren Verordnungen bewenden ließ, für die andern fremden Staaten aber dieselben dahin beschränkte, daß die im Auslande an einem Orte, wo sich ein k. k. österreichischer Gesandter oder Consul befindet, ausgestellten Notariats-Urkunden nur dann, wenn sie von dem Gesandten oder

Consul legalisirt sind, für gültig anerkannt werden sollen. — Hieraus folgt:

1) daß Vollmachten, die aus einem Orte des ottomannischen Reiches, wo sich die k. k. Gesandtschaft oder ein österreichisches Consulat befindet, einlangen, zu ihrer Gültigkeit der Legalisirung des Gesandten oder Consuls bedürfen;

2) daß die in andern fremden Staaten ausgestellten Vollmachten diese Legalisirung des k. k. Gesandten oder Consuls, um gültig zu seyn, nicht nöthig haben; ausgenommen, sie würden in der Form einer Notariatsurkunde errichtet, und im Orte befände sich ein k. k. österreichischer Gesandter oder Consul c).

Weil endlich die bayerischen, ämtlichen und gerichtlichen Urkunden keiner Legalisirung durch die k. k. Gesandtschaft bedürfen d): so ist auch zur Gültigkeit einer im Königreiche Bayern ausgestellten Vollmacht, wenn sie auch eine Notariats-Urkunde wäre, die Legalisirung von Seite der k. k. Gesandtschaft nicht nothwendig.

a) Hofd. v. 13. Jänner 1809. n. 880 und v. 8. Febr. 1812. n. 971.

b) Hofkanzleidecret v. 16. April 1818 (s. Goutta's Gesetzsammlung, Bd. XL. S. 140).

c) Räthlich bleibt es aber immer, die gerichtliche Legalisirung und selbst jene der österreichischen Gesandtschaft oder des k. k. Consulats nachzusuchen, aus der in diesem §. erwähnten Ursache.

d) Hofd. v. 2. Juli 1813. n. 1059.

§. 71.

V. Erlöschung der Vollmacht.

Wenn die Vollmacht des, den Proceß im fremden Nahmen führenden Sachwalters bereits erloschen ist: so

ist er von dem Tage, an welchem die rechtlichen Wirkungen der Auflösung des Bevollmächtigungsvertrages eintreten (s. unten §. 74.), eben so anzusehen, als wenn er mit gar keiner Vollmacht versehen wäre. — Die Vollmacht erlöscht:

1) wenn sie der Machtgeber widerruft, welches ihm allzeit freisteht, es mag der Machthaber die Klage schon angebracht, oder sich bereits in den Proceß eingelassen haben oder nicht a). Dieser Widerruf kann gerichtlich oder außergerichtlich, schriftlich oder mündlich geschehen; ja selbst die gültig geschehene Bestellung eines neuen Sachwalters ist für einen stillschweigenden Widerruf der früher einem Andern für die nämliche Rechtsangelegenheit ertheilten Vollmacht zu halten b). Denn da man bei Abgang einer directen Entscheidungsnorm auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle Rücksicht zu nehmen hat c): so ist hier die Lehre von der Aufhebung der Testamente die passendeste Analogie, indem dem Machtgeber der Widerruf der ertheilten Vollmacht eben so beliebig freisteht, wie dem Erblasser die Aufhebung seines Testamentes. Nun wird aber ein früheres Testament durch ein späteres gültiges aufgehoben d), also muß auch die Bestellung eines neuen Sachwalters für eine, in dem Willen des Machtgebers gegründete Aufhebung der, früher einem Andern zur Führung eben dieses Processes ertheilten Vollmacht angesehen werden.

2) Wenn der Machthaber die Vollmacht aufkündet e). Ein Advokat muß die ihm zur Proceßführung ertheilte Vollmacht gerichtlich aufkünden f); außer dem kann die Aufkündung, so wie der Widerruf der Vollmacht, sowohl gerichtlich als außergerichtlich, mündlich und schriftlich geschehen;

3) wenn der Machtgeber gestorben ist, und die Vollmacht nicht auf seine Erben lautet (vergl. oben §. 61. 3));

4) durch den Tod des Gewalthabers g);

5) wenn über das Vermögen des Machtgebers oder Machthabers der Concurs verhänget wird, welcher von dem Tage des kundgemachten Convocationsedictes für eröffnet zu halten ist h). Verfiel jedoch der **Machtgeber** in Concurs, und hat der Rechtsstreit, zu dessen Führung die Vollmacht ertheilt wurde, Personenrechte oder ein, in einer andern Provinz befindliches, unbewegliches Gut zum Gegenstande: so erlöscht sie durch die Concurseröffnung nicht, weil die Concursverhängung sich auf jene Rechte oder auf dieses Gut nicht bezieht, und der Cridatar der freien Verwaltung des letztern nicht entsetzt wurde. Diese Vollmacht bleibt daher im letztern Falle so lange in Kraft, bis auch über das Vermögen des Machtgebers in der andern Provinz der Concurs verhänget worden ist (s. oben §. 58.).

a) A. b. Gzb. §. 1020.
b) Das Röm. Recht legt der Bestellung eines neuen Sachwalters ausdrücklich diese Wirkung bei, in l. 31. §. 2. D. de procuratoribus.
c) A. b. Gzb. §. 7.
d) Ebenda §. 713.
e) Ebenda §. 1021.
f) A. G. O. §. 419.
g) A. b. Gzb. §. 1022.
h) Ebenda §. 1024. und allg. Conc. O. §. 5.

§. 72.

Von Erlöschung der Substitutionsvollmachten insbesondere.

Wenn über das Vermögen eines streitenden Theiles der Concurs eröffnet wird: so ist nicht zu zweifeln, daß hiedurch nicht blos das Recht desjenigen, der durch das

Gesetz, durch den Auftrag der Behörde oder durch eine ihm von dieser Parthei selbst ertheilte Privatvollmacht zu ihrer Vertretung berufen worden ist, zur Führung des Rechtsstreites (mit der im vor. §. unter 5) bemerkten Mässigung) aufgehoben werde, sondern daß auch zugleich hiedurch die Substitutionsvollmacht erlösche, welche dieser unmittelbare Sachwalter einem Andern für diesen Rechtsstreit ausgestellet haben sollte; weil alle Handlungen, die der Gewalthaber nach Eröffnung des Concurses im Nahmen des Concursschuldners unternimmt, ohne Rechtskraft sind a). Das Nämliche ist ohne Anstand zu behaupten, wenn die Parthei die ihrem unmittelbaren Sachwalter ertheilte Vollmacht widerruft oder gestorben ist, und im letztern Falle dieselbe nicht auf ihre Erben lautet.

Es fragt sich aber: ob — wenn der unmittelbare Sachwalter der Parthei ihr seine Vollmacht aufkündet, stirbt oder in Concurs verfällt — hiedurch die Substitutionsvollmacht erlösche, welche dieser einem Andern ausgestellet hat? — Ich glaube diese Frage mit mehreren Unterscheidungen beantworten zu müssen:

1) Der Vater kann sich der Pflicht, seine minderjährigen Kinder — und der Ehemann der Verbindlichkeit, seine Gattin zu vertreten, eigenmächtig nicht entschlagen; er kann ihnen daher seine Vertretung nicht aufkünden, und es kann also auf diese Art die Vollmacht nicht aufgehoben werden, durch welche er sich zur Führung des Rechtsstreites seiner Kinder oder Gattin einen Andern substituirt hat. — Der Vormund oder Curator kann zuweilen die Abnahme der Vormundschaft oder Curatel ansuchen, und sobald diese Enthebung erfolgt, erlöscht auch natürlich die Vollmacht, welche derselbe zur Vertretung des Minderjährigen oder Pflegebefohlenen ertheilet hat.

2) Der Tod des Vaters oder Ehemannes macht die

väterliche oder ehemännliche Gewalt aufhören, somit erlöscht hiedurch auch die Substitutionsvollmacht, die der verstorbene Vater oder Ehemann in gesetzlicher Vertretung seiner Kinder oder Gattin gegeben hat. — Der Tod des Vormundes oder Curators macht der Vormundschaft oder Curatel in dem Sinne ein Ende, daß nun ein anderer bestellet werden muß; daher kann die Vollmacht, die der Verstorbene zur Vertretung des Pupillen oder Curanden ertheilte, nicht ferners bestehen.

3) Die Verhängung des Concurses über das Vermömögen des Vaters oder Ehemannes wird in den Gesetzen als ein Grund des Verlustes oder der Suspension der väterlichen oder ehemännlichen Gewalt nicht aufgeführt b), sie entsetzet ihn also der hierin enthaltenen Rechte nicht, und enthebt ihn nicht der diesfälligen Pflichten, zu welchen die Vertretung seiner Gattin und minderjährigen Kinder gehöret; es kann also auch die Concurseröffnung über s e i n Vermögen die Vollmacht nicht aufheben, welche er zum Behufe dieser Vertretung einem Andern ausgestellet hat. — Verfällt ein Vormund oder Curator in Concurs; so ist er zwar deshalb der Vormundschaft oder Curatel ipso facto nicht entsetzt, also kann hiedurch auch die, von ihm in den Angelegenheiten des Minderjährigen oder Pflegebefohlenen ertheilte Vollmacht ipso facto nicht erlöschen; aber es kann und soll dem Cridatar die Vormundschaft oder Curatel abgenommen werden c), und sobald dieses geschieht, erlöscht auch die von ihm ausgestellte Substitutionsvollmacht.

4) Wenn endlich durch einen anderweitigen Auftrag der Behörde (s. oben die §§. 49 — 52.), oder durch Privatvollmacht zur Führung eines Rechtsstreites ein Sachwalter bestellet wird, und d i e s e r sich einen Substituten ernennt d): so erlöscht die Substitutionsvollmacht, sobald

der Hauptsachwalter (Substituent) seine Vollmacht aufkündet, stirbt oder in Concurs verfällt, also aufhört, Machthaber zu seyn. Denn die Gültigkeit der Substitution gründet sich auf die, dem substituirenden Gewalthaber ertheilte Vollmacht, welche letztere, wie vorausgesetzt, aufgehoben worden ist; der Substitut übt nur die Rechte des Substituenten aus, und erfüllet dessen Pflichten; dies geht nun nicht mehr an, sobald die Vollmacht des substituirenden Gewalthabers aus was immer für einem Grunde erloschen ist.

a) A. b. Gzb. §. 1024.
b) S. hierüber ebenda die §§. 176 und 177.
c) Ebenda §§. 257 u. 191.
d) Wird in dem Vertretungsauftrage der Behörde schon der Substitut ernannt, oder ernennt ihn die Partei selbst: so kann allerdings die Substitutionsvollmacht aufrecht bleiben, obgleich die Hauptvollmacht erloschen ist.

§. 73.

Von Erlöschung der Vollmachten insbesondere, die von einer Gemeinschaft herrühren.

Vollmachten, die von einem Körper (Gemeinschaft) ausgestellet worden sind, werden insbesondere durch die Erlöschung der Gemeinschaft aufgehoben a). Wurde sie von dem zur Besorgung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten ernannten Verwalter, oder von dem zu diesem Ende erwählten Gesellschaftsausschusse ausgestellet, und stirbt dieser Verwalter, oder ernennt die Gesellschaft einen andern, oder wählt einen neuen Ausschuß: so erlöscht hiedurch zugleich die von dem verstorbenen oder abgetretenen Verwalter, oder dem vorigen Ausschusse einem Dritten zur Proceßführung ertheilte Vollmacht. Denn alle diejenigen, de-

nen die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sachen überlassen wird, sind als Machthaber anzusehen b); in so fern sie daher einem Dritten die Vollmacht zum Processe ertheilen, substituiren sie diesen; die Rechte und Pflichten des Substituten erlöschen aber mit jenen des Substituenten (s. den vor. §.).

Hieran macht selbst der Umstand keine Änderung, daß bei der neuen Wahl des Ausschusses die Stimmen auf alle oder doch auf den größern Theil der Glieder des früheren Ausschusses gefallen sind. Denn alle wieder erwählten Mitglieder desselben haben nicht vermög ihrer früheren, sondern durch die letzte Wahl dermahl ein Recht und eine Pflicht zur Verwaltung; die Anstellung einer neuen Wahl setzt schon voraus, daß das Verwaltungsrecht des Ausschusses erloschen sey, oder zu einer gewissen Zeit erlöschen werde; mit der Erlöschung der Vollmacht des Ausschusses haben sich aber die von demselben einem Dritten ertheilten Substitutionen von selbst aufgelöst. Der bevollmächtigte Sachwalter muß also bei Fortsetzung des Processes ausweisen, daß der neu bestellte Verwalter oder Ausschuß seine Vertretungsvollmacht erneuert habe.

Dagegen ist aber die von dem Gesellschafsausschusse ertheilte Vollmacht nicht für erloschen anzusehen, wenn gleich derselbe wegen dem successiven Tode oder Austritte seiner Mitglieder, an deren Stelle Andere gekommen sind, — ohne daß jedoch nach den Gesellschaftsstatuten die Wahl eines neuen Ausschusses vorgenommen wurde — dermahl ganz oder größtentheils aus solchen Gliedern besteht, die es zur Zeit der ausgestellten Vollmacht noch nicht waren. Denn eine Gesellschaft löset sich wegen dem Tode oder Austritte eines Theiles seiner Mitglieder nothwendig noch nicht auf, so lange nur in jedem Zeitpuncte eine solche Anzahl derselben vorhanden ist, daß sie eine Gesellschaft bilden

können c); es besteht also — ungeachtet der nothwendig gewordenen Wahl neuer Ausschußglieder — im rechtlichen Verstande noch immer derjenige Ausschuß, welcher als Collegium und nicht als ein Aggregat von Individuen die Vollmacht ertheilt hat. Demnach ist auch keine Vollmachterneuerung zur Fortsetzung des Processes nothwendig.

a) A. b. Gzb. §. 1023.
b) Ebenda §. 837.
c) Ebenda §§. 1175 und 1207.

§. 74.

Unterschied zwischen dem Zeitpunckte der Erlöschung einer Vollmacht, und jenem des Eintrittes der rechtlichen Wirkungen derselben.

Das allg. b. Gzb. §. 1025 leitet auf diesen Unterschied, indem nach demselben die Wirkungen der durch Widerruf, Aufkündung oder durch den Tod (welchem bei Gemeinschaften deren Auflösung gleich zu halten ist) des Mandanten oder Mandatars erfolgten Vollmachtaufhebung nicht sogleich, sondern für jene Geschäfte, die keinen Aufschub leiden, erst dann eintreten, wenn von dem Machtgeber oder dessen Erben (oder Nachkommen s. oben §. 61. 3)) eine andere Verfügung getroffen worden ist, oder füglich getroffen werden konnte. Es wird also erst in diesem spätern Zeitpuncte die erloschene Vollmacht zur Legitimation des Sachwalters für die unverschiebbaren Geschäfte untauglich. Insbesondere ist der die Vollmacht aufkündende Rechtsfreund schuldig, seine Parthei vom Tage der zugestellten Aufkündung noch durch jene Zeit zu vertreten, welche ihr mit Rücksicht auf ihren Wohnort zur Einreichung einer Einrede von jenem Gerichte gestattet

würde, bei welchem der Rechtsstreit anhängig ist; es wäre denn, daß sie sich früher einen andern Rechtsfreund bestellet hätte a).

Wird eine Vollmacht durch Concurs des Machtgebers oder Machthabers aufgehoben: so treten auch sogleich die rechtlichen Wirkungen dieser Aufhebung ein, und es kann vom Tage der Kundmachung des Concurses auf Grund dieser erloschenen Vollmacht nicht weiter verfahren werden.

a) A. G. O. §. 419.

§. 75.

Legitimation des bevollmächtigten Sachwalters zur Auftragung eines Haupteides.

Es gibt processualische Handlungen, zu welchen der zur Führung des Rechtsstreites bevollmächtigte Sachwalter deshalb noch nicht legitimirt ist, da sie eine besondere Vollmacht erfordern. Dahin gehört vorzüglich die Auftragung, Annahme oder Zurückschiebung eines Eides; denn zu diesen Handlungen ist der Sachwalter nur dann legitimirt, wenn in seiner Vollmacht das Recht: »die Auftragung, Annahme oder Zurückschiebung »eines bestimmten Eides zu veranlassen« speciell ausgedrückt, oder hierin die Macht: »Eide aufzutragen, anzu»nehmen oder zurück zu schieben« generell ertheilt worden ist a).

Dieses gilt insbesondere von der Auftragung eines Haupteides. Nach früheren Gesetzen b) war der bevollmächtigte Sachwalter schon dann zur Auftragung eines Haupteides legitimirt, wenn ihm das Recht eingeräumt worden ist, die Streitsache zu vergleichen. Dieses Ver-

gleichsbefugniß reicht seit der Wirksamkeit des allg. b. Gesetzbuches für den Sachwalter zur gültigen Auftragung eines Haupteides nicht mehr hin. Denn da alle auf die Gegenstände dieses allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches sich beziehenden Gesetze außer Wirksamkeit gesetzt wurden c): so ist die Frage: welche Vollmacht zur Auftragung eines Haupteides erfordert werde? — lediglich nach dem §. 1008 des allg. b. Gesetzbuches zu beurtheilen. In diesem §. wird aber das Recht: »Vergleiche einzugehen« dem Rechte: »Eide auftragen, anzunehmen oder zurück zu schieben« coordinirt, und hiedurch angezeigt, daß derjenige, der die Vollmacht für das Eine hat, deßhalb noch nicht zu dem Andern bevollmächtiget sey; besonders, da die Auftragung eines Haupteides kein Vergleich ist, sondern sich vielmehr mit der, auf den Fall der Ablegung des aufgetragenen Eides bedingten, unentgeldlichen Aufgebung eines Rechtes oder einer Einwendung vergleichen läßt.

Kann der Sachwalter keine solche Vollmacht, die ihm zur Auftragung des Haupteides berechtiget, produciren: so ist der Eidesauftrag nur dann gültig, wenn die Satzschrift, in welcher er gemacht wurde, von der Parthei eigenhändig unterfertiget ist d).

a) Die Anbiethung des Haupteides, wenn ihn der Eidesdelat zurückschieben sollte; die Anbiethung eines Erfüllungs- oder Schätzungseides, wie auch die Zurücknahme eines Eidesauftrages erfordert von Seite des Sachwalters keine besondere Legitimation.

b) Resolution v. 11. Sept. 1784. i) n. 336 und Hofd. v. 28. Mai 1789. n. 1012.

c) Kundmachungspatent desselben im vierten Absatze.

d) Hofd. v. 28. Mai 1789. n. 1012.

§. 76.

Wann können die von der Behörde bestellten Sachwalter einen Haupteid gültig auftragen?

1) Der Vormund und der Curator muß sich, wenn er in Vertretung des Minderjährigen oder Pflegebefohlenen dem Gegentheile einen Haupteid auftragen will, mit einer von der Vormundschafts- oder Curatelsbehörde erhaltenen, auf diesen einzelnen Fall insbesondere gerichteten, sohin speciellen Bewilligung zur Auftragung dieses Eides legitimiren. Es müssen daher in diesem Legitimationsbescheide die Thatumstände, zu deren Beweis der Haupteid aufgetragen werden dürfe, ausgedrücket seyn, und eine dem Vormunde oder Curator ertheilte generelle Bewilligung »Eide aufzutragen«, sie möge auf alle Processe des Pupillen oder Curanden ausgedehnet, oder auf einen einzelnen Rechtsstreit beschränket werden, wäre ungültig und wirkungslos a).

2) Der Vertreter der Concursmasse, dessen Substitut und der Concursvermögensverwalter vertreten das Interesse der Gesammtheit der Concursgläubiger, und sind zugleich Curatoren des Concursschuldners (s. oben die §§. 46 — 48.). Wenn daher der Concursmassevertreter oder dessen Substitut einem Liquidanten, oder der Concursvermögensverwalter einem geklagten Masseschuldner einen Haupteid auftragen will: so bedurfen sie hiezu der Einwilligung des Creditorenausschusses (wobei Mehrheit der Stimmen entscheidet) und der Concursinstanz. — Die Einwilligung der Concursinstanz ist nothwendig, weil der Concursmassevertreter, dessen Substitut und der Vermögensverwalter Curatoren des Gemeinschuldners sind, die

Concursinstanz aber die Curatelsbehörde ist; kein Curator darf aber ohne Genehmigung der Curatelsbehörde dem Gegner einen Haupteid auftragen. — Die Zustimmung des Creditorenausschusses als gesetzmäßigen Organs der Gesammtheit der Concursgläubiger ist erforderlich, weil die Curatoren des Concursschuldners auch Sachwalter der Gesammtheit der Concursgläubiger sind, die ergehenden Urtheile auch wider diese wirken sollen, und kein Sachwalter ohne besondere Vollmacht dem Gegner einen Haupteid aufzutragen befugt ist.

Die Concursinstanz als Curatelsbehörde kann dem Concursmassevertreter und Vermögensverwalter die Legitimation zur Auftragung eines Haupteides immer nur von Fall zu Fall ertheilen (s. diesen §. unter 1)); der Gläubigerausschuß aber kann ihnen eine generelle Bewilligung: »Eide aufzutragen« für alle Processe geben. Ist diese letztere ihnen nicht ertheilt worden, und suchen sie für einen besondern Fall bei der Concursinstanz die Legitimation zur Auftragung eines Eides an: so hat diese den Gläubigerausschuß hierüber zu vernehmen, und wenn dieser dem Ansuchen beitritt, oder aber, wenn die Curatoren der Masse von ihm schon eine generelle Bewilligung zur Auftragung der Eide erhalten haben, dann ist die Concursinstanz in der Lage, als Curatelsbehörde diese Bewilligung entweder auch zu ertheilen oder abzuschlagen, in welch' letzterem Falle der Recurs an das Obergericht bevorsteht.

3) Ernennt die Concursinstanz über eine, wider mehrere Gläubiger eingereichte Vorrechtsklage für dieselben einen gemeinschaftlichen Rechtsfreund, weil sie sich nicht einmahl durch Mehrheit der Stimmen über dessen Bestellung vereiniget haben (s. oben §. 49.), und will derselbe dem Vorrechtskläger einen Haupteid auftragen: so kann ihn die Concursinstanz hiezu nicht authorisiren, sondern er bedarf zu diesem Acte einer, nach der Vorschrift des §. 1008 des

allg. b. Gzb. eingerichteten Bewilligung der von ihm vertretenen Partheien, eben so, als wenn sie ihn selbst erwählt hätten; weil in den Gesetzen nichts vorkommt, woraus abzunehmen wäre, daß sich die Rechte der Concursinstanz, im Falle der nicht zu Stande gekommenen Wahl eines gemeinschaftlichen Rechtsfreundes, noch weiter erstrecken, als auf dessen Ernennung.

Begehrt nun der gemeinschaftliche Rechtsfreund von den geklagten Gläubigern die Ertheilung der Legitimation zur Auftragung eines Haupteides: so entscheidet hierüber unter ihnen keine Mehrheit der Stimmen, sondern wenn einige diese Bewilligung dem Sachwalter geben, andere sie verweigern: so ist der Eidesauftrag nur in Rücksicht der erstern gültig, und der Vorrechtsproceß ist in Ansehung der letztern eben so zu entscheiden, als wenn kein Haupteid aufgetragen worden wäre. Denn wenn mehrere geklagte Streitgenossen sich durch einen oder mehrere Sachwalter in einer Satzschrift vertheidigen: so folgt nicht, daß sie sich auch der nämlichen Einwendungen und Behelfe bedienen müssen, sondern jedem aus ihnen steht frei, seine Separateinwendungen und Behelfe in dieser Satzschrift anzubringen, oder sich von Einwendungen und Behelfen, also auch von dem Eidesauftrage, auszuschließen, wovon die übrigen Gebrauch gemacht haben b).

4) In Angelegenheiten, wo es sich um Ungültigkeitserklärung einer Ehe, oder um Trennung einer Christenehe handelt, findet zwar zum Beweise des Ehehindernisses oder Trennungsgrundes der Eid der Ehegatten nicht statt c); wenn aber auf Nichtigerklärung der Ehe wegen eines solchen Hindernisses, worüber das Landrecht die Untersuchung nicht von Amtswegen einzuleiten, sondern die Klage abzuwarten hat, oder auf Trennung derselben geklagt wird d), und das Ehehinderniß oder die Trennungsursa-

che auf andere Art vollständig erwiesen wird: so kann al-lerdings dem Kläger ein Eid aufgetragen werden, der zum Zwecke hat, darzuthun, daß diese Trennungsursache oder jenes Ehehinderniß durch Verzichtleistung hierauf oder auf andere Art wieder erloschen sey; weil ohne diesen Eid oh-ne weiters auf Ungültigkeit oder Trennung der Ehe erkannt werden müßte, daher aus dem Eidesauftrage für das Ehe-band kein Nachtheil entstehen kann.

Will nun der defensor matrimonii (s. oben §. 50.) von der Auftragung eines solchen Eides Gebrauch machen: so bedarf er hiezu keiner besondern Legitimation, weil es ohnehin des Landrechtes Pflicht ist, die wahre Beschaffen-heit der Sache von Amtswegen zu erheben, daher auf den vorgeschlagenen Eid, wenn er zu diesem Zwecke etwas bei-tragen kann, zu erkennen.

5) Wenn die Landesstelle in jenen Fällen, wo das Fiscalamt sowohl den Kläger als den Geklagten zu vertre-ten gehabt hätte, also von der Vertretung beider ausge-schlossen ist, für jeden Theil einen besondern Vertreter von Amtswegen bestellet hat (s. oben §. 51.), und einer die-ser Sachwalter der Gegenparthei einen Haupteid auftragen will: so muß er hiezu jene Legitimation beibringen, welche das Fiscalamt selbst haben müßte, wenn es in dieser Rechtssache ein-geschritten wäre, wovon im nächst folgenden §. gehandelt wird.

6) Der einer Parthei von der Gerichtsbehörde beige-gebene Vertreter ex officio (s. oben §. 52.) bedarf, wenn er dem Gegentheile einen Haupteid auftragen will, hiezu einer, dem §. 1008 des b. Gesetzbuches angemessenen, Be-willigung von der Parthei, die er vertritt.

a) Hofd. v. 3. Novemb. 1789. n. 1069.
b) Hofd. v. 23. August 1799. n. 474.
c) A. b. Gzb. §§. 99 und 115.
d) Ebenda §. 94.

§. 77.

Wann dürfen die unmittelbar durch das Gesetz legitimirten Sachwalter einen Haupteid auftragen?

1) Das Fiscalamt, wenn es in einer seiner Vertretung zugewiesenen Streitsache (s. oben §. 33.) einen Haupteid auftragen will, bedarf hiezu einer von der betreffenden Stelle für diesen speciellen Fall erhaltenen Bewilligung a). Diese Stelle ist die Landesstelle b). Die Landesstelle ist jedoch in jenen Fällen nicht competent, dem Fiscalamte diese Legitimation zu ertheilen, wenn dasselbe Gewerkschaften, Fabriken oder Privatpartheien, denen der Landesfürst zur Gewährleistung verbunden ist, oder aber Unterthanen in Rechtsangelegenheiten wider ihre Obrigkeit vertritt; sondern hier hat sich das Fiscalamt, damit der Eidesauftrag gültig sey, mit einer solchen Einwilligung der durch dasselbe vertretenen Parthei zu legitimiren, mit welcher sich sonst ein bevollmächtigter Sachwalter zu diesem Acte zu rechtfertigen hat (s. oben §. 75).

2) Wenn der Vater in Vertretung seiner minderderjährigen Kinder dem Gegner einen Haupteid aufträgt, und es sich um seine Legitimation zu diesem Acte handelt: so ist zu unterscheiden, ob das Vermögen, um welches der Rechtsstreit geführt wird, oder aus welchem seiner Zeit der richterliche Spruch zur Erfüllung gebracht werden soll, ein solches ist, worüber dem Minderjährigen das freie Dispositionsrecht zukommt, oder ob es unter der, aus der väterlichen Gewalt entspringenden Verwaltung des Vaters steht.

In jenem Falle ist die Zustimmung des Minderjährigen zur Gültigkeit der Eidesauftragung aus eben denselben Rücksichten erforderlich, aus welchen sich ein von der Parthei bevollmächtigter Sachwalter, um gültig einen

Eid auftragen zu können, mit ihrer wenigstens generellen Bewilligung hiezu zu legitimiren hat. — In diesem Falle dagegen ist die Einwilligung der Gerichtsbehörde des Vaters (welche auch immer zugleich die des minderjährigen Kindes ist) nothwendig, weil aus dessen Rechte, das Vermögen seines minderjährigen Kindes zu verwalten c), nicht das Befugniß gefolgert werden kann, eine Handlung (Auftragung eines Haupteides) zu unternehmen, welche eine bedingte, unentgeldliche Aufgebung eines Rechtes oder einer das Vermögen schützenden Einwendung ist (s. oben §. 75.).

3) Der Ehemann wird in Ansehung der Verwaltung des Vermögens seiner Gattin wie ein anderer bevollmächtigter Sachwalter angesehen d), und wiewohl er zu Proceßführungen für dieselbe keiner ausdrücklichen Vollmacht von ihr bedarf, da ihm das Gesetz sie ertheilt: so kann er doch ohne besondere Bewilligung seiner Gattin ihre Rechte nicht unentgeldlich, wenn auch nur bedingnißweise, aufgeben, daher auch ohne ihren Consens dem Gegner keinen Haupteid auftragen.

a) Hofd. v. 3. Novemb. 1789. n. 1069.
b) Nach der Analogie des §. 41 der allg. Instruction für die Fiscalämter v. 10. März 1783. n. 124.
c) A. b. Gzb. §. 149.
d) Ebenda §. 1239.

§. 78.

Legitimation zur Praxis.

Verschieden von der Legitimation eines Sachwalters zum Processe ist die Legitimation zur Praxis. Jene kann vorhanden seyn, diese dagegen mangeln, und umgekehrt. Zur Praxis sind befugt:

I. die öffentlich angenommenen Advokaten in jener Provinz und bei jenen Gerichtsstellen derselben, für welche sie den stallum advocandi erhalten haben;

II. die Justiziäre in dem Gerichtsbezirke jenes Appellationsgerichtes, in welchem sie das Richteramt verwalten, wenn sie 1) zur Zeit der allerhöchsten Entschließung vom 30. Juni 1822 schon als Justiziäre angestellt waren; 2) in dem Orte, wo sie die Gerichtsbarkeit ausüben, wohnen; 3) der Rechtsstreit außer ihrem Gerichtsbezirke vor einem andern Gerichte zu führen ist, und 4) in dem Orte dieses Gerichtes nicht wenigstens zwei zum Gerichtsstande angenommene Advokaten bestehen a).

Ist der wirklich einschreitende, bevollmächtigte Sachwalter der Partbei nach diesen Grundsätzen zur Praxis nicht befugt: so steht ihm die Einwendung mangelnder Legitimation zur Praxis entgegen. Ist er es aber für jene Gerichtsstelle, bei welcher er im Nahmen des Klägers den Proceß anhängig gemacht hat, oder im Nahmen des Geklagten über die Klage schon eingeschritten ist, und sich als dessen Sachwalter ausgewiesen hat: so behält er auch diese Legitimation, es mag der Proceß wohin immer seinen Zug nehmen, selbst in dem Falle bei, wenn der Rechtsstreit im Laufe der Verhandlung oder nach dem Schlusse derselben an ein anderes und solches Gericht delegirt werden sollte, bei welchem ihm sonst die Praxis nicht zusteht; weil diese Delegation wider die Partheien die nachtheilige Wirkung nicht haben darf, anstatt ihres schon aufgenommenen und informirten Rechtsfreundes einen andern bestellen zu müssen, und überhaupt das delegirte Gericht die Gerichtsbarkeit nur an Stelle desjenigen, dem sie für diesen einzelnen Fall abgenommen wurde, ausübt.

a) Die zwei letztern Punkte der Qualification der Justiziäre zur Praxis schrieben schon die Hofdecrete v. 31. Jänner 1788. n. 777. — 10. März 1791. n. 125 und v. 25. Juni 1795. n. 238. vor.

III. Abschnitt.

Von den dilatorischen Einwendungen, welche aus der Art des Verfahrens entspringen.

§. 79.

Fundamente dieser Einwendungen.

Die aus der Art des Verfahrens entspringenden dilatorischen Einreden gründen sich:

1) auf die Mängel des Klaglibells;

2) auf die erfolgte Änderung des Klagerechtes oder Klagbegehrens;

3) auf die Unterlassung des vorläufigen Vergleichsversuches. Diesen ist

4) die Präjudicialeinwendung (exceptio praejudicialis) beizufügen.

§. 80.

Mängel des Klaglibells.

Die Mängel des Klaglibells, aus welchen dilatorische Einwendungen entspringen, sind:

1) wenn in Einer Klage mehrere Gegenstände einer Rechtsführung cumulirt werden, die unter sich keinen Zusammenhang haben, d. h. nicht aus dem nämlichen Fac-

tum entsprungen sind (exc. illicitae cumulationis) a).
Sind mehrere Rechte nicht aus eben demselben Factum, sondern aus verschiedenen, wiewohl unter sich gleichartigen Thathandlungen entstanden: so können sie selbst dann nicht in Einer Klage vereinigt werden, wenn auch über dieselben zur Herstellung des Beweises nur Eine Urkunde ausgestellt worden wäre. Denn die Ausstellung Einer Urkunde über mehrere Rechte oder Forderungen bringt dieselben unter sich noch in keinen Zusammenhang; theils, weil Recht und Verbindlichkeit nicht aus der Urkunde entspringen, sondern dieselbe nur den Beweis hierüber herstellt; theils, weil die Ausstellung einer Urkunde an dem Rechte, über welches sie errichtet wurde, keine Novation bewirket b). Es bleiben daher mehrere Forderungen, über welche nur Eine Urkunde besteht, eben so unzusammenhängend, wie sie es vor Ausstellung derselben gewesen sind, und können mit einer vereinigten Klage nicht verfolgt werden c).

Diese Grundsätze sind insbesondere auch auf einen Schuldschein anwendbar, in welchem der Aussteller den Empfang m e h r e r e r Darlehen bekennet, sobald die einzelnen Darlehensbeträge hierin individualisiret sind, und der Schuldschein die Absicht der Partheien — noviren und die successiv gemachten Darlehen nur als e i n Gesammtdarlehen betrachten zu wollen — nicht wahrnehmen läßt.

Der Zweck dieses Cumulationsverbothes ist jedoch nur der, zu verhindern, daß nicht durch Vermengung mehrerer Rechtsführungen die Entscheidung der Streitsache erschweret, sondern der Proceß so viel als möglich bei jener Einfachheit — welche die Auffindung dessen, was Rechtens ist, erleichtert — erhalten, oder doch nicht noch verwickelter werde, als ihn der Conflict der Klag- und Einredumstände und Behelfe an sich betrachtet ohnehin macht. Dasselbe ist also auf jene Fälle nicht anwendbar, wo —

wie es bei Contoforderungen der Handelsleute, Fabrikanten und Handwerker, bei Wirthsrechnungen u. dgl. der Fall ist — der Klage eine Berechnung über die gelieferten Artickel oder verrichteten Arbeiten, über Ausgabe und Empfang, Guthabungs- und Lastposten, aus deren Gegeneinanderhaltung sich die eingeklagte Forderung zeigen soll, zum Grunde liegt d).

Wenn endlich mehrere Forderungen aus dem nämlichen Factum entstanden sind: so können sie selbst dann mittelst Einer Klage geltend gemacht werden, wenn auch hierüber mehrere, allenfalls zu verschiedenen Zeiten errichtete Urkunden bestehen, und von dem Kläger zum Beweise producirt werden sollten; weil die Ausstellung mehrerer Urkunden über mehrere Forderungen den Zusammenhang, in welchem die letztern unter sich stehen, eben so wenig aufzuheben geeignet ist, als die Ausfertigung Einer Urkunde über mehrere, aus verschiedenen Geschäften entsprungene Forderungen sie in einen solchen Zusammenhang bringen kann, welcher dieselben mit einer vereinten Klage zu verfolgen erlaubt, und der Einwendung unzulässiger Cumulation keinen Raum gibt e).

2) Wenn in dem Klaglibelle der Titel (causa agendi, genus actionis), aus welchem der Kläger die eingeklagte Sache, das angesprochene Recht oder die begehrte Befreiung von einer Verbindlichkeit fordert, nicht ausgedrückt ist. Denn da es dem Kläger nur im Falle einer mündlich angebrachten Klage freistehen soll, bei der mündlichen Verhandlung das Klagerecht (genus actionis) abzuändern f); — da ferner das Klagerecht zur Wesenheit des Klagbegehrens gehört g), und der Kläger in der Klage sein Begehren so genau als möglich zu bestimmen hat h): so ergibt sich hieraus auch die rechtliche Nothwendig-

keit, daß der Kläger in dem Klaglibelle ausdrücke, aus welchem Rechtsgrunde er das Klagbegehren stelle.

Ich sage, daß in dem Klaglibelle das genus actionis ausgedrückt seyn müsse, um der Einwendung zu entgehen, und es wäre nicht hinreichend, wenn der Kläger seiner Klage Urkunden beilegte, welche den Rechtsgrund derselben enthalten, und sich sodann in allgemeinen Ausdrücken auf diese Urkunden beziehen würde, weil es ihm obliegt, in der Klage das Factum, woraus er sich ein Recht erwachsen zu seyn glaubt, vollständig anzubringen i).

3) Wenn das Klagbegehren nicht deutlich enthält, was der Kläger in der Hauptsache und den Nebenverbindlichkeiten verlange; wenn er daher die geforderte Sache oder das angesprochene Recht nicht bestimmt bezeichnet hat, wornach es von andern Sachen oder Rechten ähnlicher Art unterschieden werden kann; wenn er bei einem eingeklagten Genus Zahl, Maß oder Gewicht unbestimmt ließ; kurz, wenn er das Quid, Quale und Quantum nicht angegeben hat (exceptio libelli obscuri). Denn da der Richter den Ausspruch klar abzufassen hat, so zwar, daß man aus dem Urtheile selbst genau wisse, was für ein Recht zu- oder abgesprochen worden ist k): so ist es auch Sache des Klägers, sein Begehren so genau als möglich zu stellen l).

a) Allg. G. O. §§. 4 und 40.

b) A. b. Gzb. §. 1379.

c) v. Kees Kommentar §. 4 behauptet dagegen, daß auch jene Gegenstände der Rechtsführung zusammenhängend sind, worüber nur Eine Urkunde errichtet ist, wenn auch die Handlungen an sich und der Zeit nach verschieden wären.

d) Der §. 122 der allg. G. O. geht von dieser Ansicht aus, indem er verordnet, daß, so wie die Urkunden überhaupt nicht auszugsweise, sondern ganz den Acten beizulegen und dem Gegner mitzutheilen sind, also auch, wenn sie aus einem Buche (worunter jenes, was mehrere verschiedene und

nicht blos zusammenhängende verbindliche Handlungen enthält, verstanden wird) wären gezogen worden, die ganze Stelle, welche den Gegenstand des Streites betrifft, allegirt und zugestellt werden müsse.

e) Daher ist es auch erlaubt, die Bezahlung oder Sicherstellung mehrerer Wechsel in Einer Klage zugleich zu fordern, sobald aus der Klage und ihren Beilagen erhellet, daß diese Wechsel sämmtlich aus ebendemselben Vertrage oder Geschäfte herrühren. Hofd. v. 12. Juni 1818 in Goutta's Gesetzsammlung, Bd. XL. S. 251.

f) A. G. O. §. 21. — S. auch unten §. 82. II.

g) Ebenda §. 49.

h) Ebenda §. 8.

i) Ebenda §. 3. — S. auch v. Kees Kommentar §. 3. n. 4.

k) A. G. O. §. 248 und Resolution v. 14. Juni 1784. c) n. 306.

l) A. G. O. §. 8. — Von dem Falle, wenn der Kläger den factischen Klagegrund oder das Klagbegehren vergriffen haben sollte, ist oben §. 5. gehandelt worden.

§. 81.

Exceptio mutati libelli.

Um von dieser Einwendung einen richtigen Begriff zu erhalten, ist zuvörderst zu wissen nothwendig, was als eine Änderung des Klagerechtes oder Klagbegehrens anzusehen sey.

Das Klagerecht wird geändert, wenn der Kläger in der Folge seinen Anspruch aus einem andern Grunde herleitet, als aus welchem er ihn in der Klage gestellet hat. Dies kann auf doppelte Art geschehen: entweder ist das neu vorgebrachte Fundament der Klage, von dem in der Klagschrift aufgestellten, der Gattung nach verschieden, wenn z. B. der Kläger den eingeklagten Betrag in der Folge als ein Darlehen zurückfordert, da er ihn in der Klage als einen Kauf-

schillingsrückstand angesprochen hat; — oder er hat solche Nebenbestimmungen des Factums der Klage verändert, welche zugleich eine Abänderung des historischen Klagegrundes, zwar nicht seiner Gattung nach, aber doch seiner Individualität nach einschließen. Dies trifft vorzüglich die Bestimmungen des Orts und der Zeit, wo und wann sich das Factum ereignet haben soll, auf welches die Klage gegründet wird. Wenn der Kläger z. B. auf Zurückzahlung eines Darlehens klagt, was er dem Geklagten zu Olmütz, am 1. Juni 1822 gegeben zu haben behauptet, in der Folge aber vorgibt, die Zuzählung dessen sey nicht zu Olmütz, sondern in Wien, oder nicht am 1. Juni, sondern am 1. December 1822 geschehen: so bleibt er zwar bei dem, in der Klagschrift erwählten Klagerechte (Darlehen) der Gattung nach stehen, aber wer sieht nicht, daß ein zu Olmütz oder am 1. Juni 1822 gegebenes Darlehen ein anderes sey, als ein zu Wien oder am 1. December 1822 zugezähltes, und daß die Vertheidigungsmittel des Geklagten ganz andere seyn können, wenn er auf Zurückzahlung eines Darlehens, was er zu Olmütz oder am 1. Juni — als eines solchen, was er zu Wien oder am 1. Decemb. 1822 erhalten haben soll, geklagt wird a)!

Bleibt der Kläger bei dem Titel, sowohl der Gattung als der Individualität nach, stehen, von welchem er in der Klage ausgieng: so ist es keine Änderung des Klagerechtes, wenn er sich von der Unanwendbarkeit der, in der Klage zu seinen Gunsten angeführten Gesetzstellen auf diesen Rechtsfall überzeugt, und sich daher im Verfolge auf andere gesetzliche Anordnungen zum Behufe seines Klagbegehrens bezogen haben sollte, weil der Richter von Amtswegen auf Recht und Gesetze zu sehen hat, wenn sie auch

von der Parthei gar nicht oder irrig angebracht worden wären.

Das Klagbegehren wird geändert:

1) wenn der Kläger in der Folge etwas ganz anderes fordert, als er in der Klage angesprochen hat. Dieses geschieht, wenn er statt der eingeklagten Species nun eine andere Species, des nämlichen oder eines andern Genus, z. B. an der Stelle des in der Klage zum Eigenthume angesprochenen Ackers A den Acker B oder das Haus C fordert; — wenn er statt der eingeklagten Species nun ein Genus, in welchem jene Species nicht enthalten ist, z. B. an Stelle des eingeklagten Ackers die Zurückzahlung des dafür schon erlegten Kaufschillings anspricht b); — wenn er statt des in der Klage geforderten Genus nun ein anderes Genus, z. B. an der Stelle der eingeklagten 500 fl. — 100 Metzen Korn begehrt; — wenn er statt des eingeklagten Genus nun eine Species, die unter jenes Genus nicht gehört, z. B. an Stelle des eingeklagten Kaufpreises die Zurückstellung der verkauften und übergebenen Sache selbst verlangt c). Alles dieses gilt nicht blos von dem Hauptgegenstande, sondern auch von den Nebenbestimmungen desselben (wenn z. B. der Kläger in der Folge begehrt, daß die eingeklagte Leistung an einem andern Orte geschehen soll, als welcher in dem Klagbegehren genannt wurde) und den angesprochenen Nebengebühren.

2) Wenn der Kläger eine dem Geklagten günstige Bedingung oder eine sonstige Modification, durch welche er sein in der Klage gestelltes Begehren beschränkt hat, in der Folge ausdrücklich zurücknimmt. Hiezu ist auch der Fall zu rechnen, wenn in der Klage begehrt wird, daß der Geklagte aus zwei oder mehreren Objecten Eines nach einer Wahl leiste, der Kläger aber nachher eines aus ih-

nen mit Beseitigung der Wahl des Geklagten fordert, oder sich selbst das Wahlrecht vorbehält. — Begehrte der Kläger in der Klage ein Genus, verlangt aber in der Folge eine Species aus diesem Genus: so ist dies gleichfalls eine hieher gehörige Änderung des Klagbegehrens, weil er dadurch, indem er in der Klage eine gewisse Quantität von einer blos generell bestimmten Sache forderte, dem Geklagten stillschweigend die Auswahl der Species einräumte, durch welche dieser die eingeklagte Schuld soll tilgen können, wovon nun der Kläger durch das spätere Begehren einer bestimmten Species wieder abgeht.

3) Wenn der Kläger die in seiner Klage gestellte Bitte in der Folge vermehrt. Diese Vermehrung des Klagbegehrens kann betreffen: entweder den Hauptgegenstand, z. B. wenn der Kläger, da er in der Klage nur 500 fl. forderte, nun 600 fl. begehrt; — oder den Ort der Erfüllung der eingeklagten Verbindlichkeit, wenn in der Klage der Ort nicht genannt ist, an welchem dem Klagbegehren ein Genüge geschehen soll, in der Folge aber von dem Kläger die Erfüllung an einem bestimmten Orte gefordert wird; — oder die Zeit der Erfüllung, und zwar auf doppelte Weise: indem entweder der Kläger die Zeit, binnen welcher der Geklagte nach dem Inhalte des Klagbegehrens die eingeklagte Verbindlichkeit zu erfüllen haben soll, in der Folge abkürzt, oder den Zeitraum, durch welchen eine fortdauernde Verbindlichkeit (z. B. die Abreichung des Unterhaltes) zu erfüllen sey, in der Folge weiter ausdehnt, als es in der Klage geschehen ist; — oder die Art der Erfüllung, wenn der Kläger im Verfolge seinem Klagbegehren einen sonstigen, die Modalität der eingeklagten Leistung betreffenden, dem Geklagten lästigen Beisatz anhängt, welcher in der Klage nicht vorkommt; — oder

endlich die Nebengebühren, wenn der Kläger nachher Zinsen oder andere Früchte von dem eingeklagten Hauptstamme überhaupt, oder mehrere Procente, oder von einer frühern Zeit her, oder bis zu einem spätern Zeitpunkte anspricht, da er doch in der Klage gar keine Früchte, oder geringere Procente, oder von einer spätern Zeit an laufend, oder nur bis zu einem frühern Zeitpunkte gefordert hat d).

4) Wenn der Kläger in der Folge das Klagbegehren vermindert. Die Verminderung desselben kann in eben jenen Beziehungen vor sich gehen, in welchen sich eine Vermehrung der Klagbitte zutragen kann; sie entsteht daher dann, wenn er sein in der Klage gestelltes Begehren in der Hauptsache oder den Nebengebühren mässiget; — wenn er von dem Begehren, daß die eingeklagte Leistung an einem bestimmten Orte geschehen soll, wieder abgeht; — wenn er die Zeit verlängert, binnen welcher diese Leistung erfolgen, oder jene abkürzt, durch welche die eingeklagte fortdauernde Verbindlichkeit erfüllt werden soll; — wenn er einen dem Geklagten lästigen, die Art der Erfullung betreffenden Beisatz des Klagbegehrens zurücknimmt. Es ist auch eine Verminderung des Klagbegehrens, wenn der Kläger, da er eine Species einklagte, in der Folge von der Specialität abgeht, und blos das Genus fordert, also dem Geklagten die Auswahl zugesteht; weil derjenige, der z. B. eine bestimmte Herde Schafe von 100 Stuck einklagt, gewiß 100 Stück Schafe begehrt. Sobald er daher sein Begehren in Ansehung der Species zurücknimmt, bei dem Genus aber stehen bleibt: so begehrt er nicht etwas ganz anderes, weil es ja dem Geklagten frei bleibt, seine Verbindlichkeit durch übergabe der in der Klage bezeichneten Species zu erfüllen e).

a) H. Bayer über die Änderung des Klaglibells. Landshut, 1819. §§. 7 u. 8.

b) Von dem Falle, wenn der Kläger an Stelle der Species nun ein Genus, zu welchem jene Species gehört, fordert, wird in diesem §. unter 4) gesprochen.

c) Von dem Falle, wo die später geforderte Species in dem eingeklagten Genus enthalten ist, wird in diesem §. unter 2) gehandelt.

d) Das erst in der Folge gestellte Begehren des Klägers um Verurtheilung des Gegners zum Gerichtskostenersatze ist eigentlich keine Vermehrung der Klagbitte, weil ein solches Begehren allzeit überflüssig, und es ohnehin des Richters Sache ist, sobald das Verzeichniß der Gerichtskosten eingelegt wurde, über den Ersatz derselben zu erkennen. Hofd. v. 30. Sept. 1785. b) n. 473.

e) Umgekehrt aber ist es keine Vermehrung des Klagbegehrens, sondern eine Zurücknahme des dem Geklagten eingestandenen Wahlrechtes (s. diesen §. oben unter 2)), wenn derjenige, der ein Genus einklagte, in der Folge eine bestimmte Species aus diesem Genus begehrt.

§. 82.

Wann diese Einwendung statt habe.

Soll aus der Änderung des Klagerechtes oder Klagbegehrens für den Geklagten eine Einwendung entstehen: so setzt dieses voraus, daß der Kläger hiezu nicht befugt war. Ob ihm diese Abänderung erlaubt sey? hängt von mehreren Rücksichten und Unterscheidungen ab.

Die Verminderung des Klagbegehrens gibt niemahls der exc. libelli mutati Raum; denn so wie dem Kläger allzeit gestattet ist, seine Klage ganz zurück zu nehmen: so muß ihm auch immer erlaubt seyn, sein Klagbegehren zu mässigen, also zum Theil von der Klage abzulassen. Es kann daher hieraus keine Einwendung hergehohlet werden, welche auf jenen Theil der Klagbitte,

bei welchem der Kläger beharret, eine nachtheilige Einwirkung haben könnte, er mag wann immer vor der Entscheidung des Rechtsstreites diese gerichtliche Mässigungserklärung abgegeben haben.

In den andern Fällen der Änderung des Klaglibells kommt es darauf an:

1) ob der Kläger bei dem individuellen Rechtstitel, von welchem er in der Klage ausgieng, stehen bleibe, und blos das hieraus gestellte Begehren ändere (s. den vor. §. 1) — 3)); oder

2) ob er von dem Klagerechte selbst der Gattung oder Individualität nach (mit oder ohne Änderung des Klagbegehrens) abgehe, und demselben ein anderes substituire.

I. Will der Kläger nicht das Klagerecht, sondern nur das Klagbegehren abändern: so ist ihm dieses erlaubt, wenn

1) über die Klage nicht schriftlich, sondern mündlich verfahren wird, sie mag schriftlich eingereicht oder mündlich angebracht worden seyn a). Denn bei dem schriftlichen Verfahren ist dem Kläger niemahls erlaubt, das in seiner ersten Klage gestellte Begehren in seiner Wesenheit zu ändern b), und das Gesetz macht keinen Unterschied, ob das schriftliche Verfahren wegen gesetzlicher Verordung oder des Einverständnisses der Partheien eingeleitet worden ist; eben so wie es im Falle des mündlichen Verfahrens gleichgültig bleibt, ob dasselbe schon an sich das gesetzmässige war, oder von den Partheien erwählt wurde. — Es ist jedoch weiter

2) nothwendig, daß der Kläger entweder noch vor der, zur mündlichen Verhandlung angeordneten Tagsatzung mittelst eines schriftlichen oder mündlichen Anbringens, oder bei dieser Tagsatzung selbst, bevor noch der

Geklagte seine Einrede erstattet, das Klagbegehren ändere. Wollte der Kläger diese Änderung erst in der Replik vornehmen: so wäre sie unstatthaft, weil die Replik nur den Zweck hat, die Einrede zu widerlegen c), und selbst Replikneuerungen nur auf bessere Begründung des Klagerechtes und Klagbegehrens, nicht aber auf Änderung des einen oder des andern gerichtet seyn dürfen. Es ist also nach erstatteter Einrede für die Änderung des Klagbegehrens kein Platz mehr, sondern der Kläger mag seine Klage gegen Gerichtskostenersatz zurücknehmen und eine andere einreichen.

II. Will der Kläger das Klagerecht selbst, mit oder ohne dem Klagbegehren ändern: so ist nebst dem, daß über die Klage mündlich verfahren werde, und die erwähnte Abänderung noch vor Erstattung der Protokollareinrede geschehe, noch weiter erforderlich, daß er die Klage nicht schriftlich eingereicht, sondern mündlich angebracht habe d).

Sind nun in einem Rechtsstreite diese Bedingungen, unter welchen dem Kläger die Änderung des Klagbegehrens oder Klagerechtes gestattet ist, nicht sämmtlich vorhanden, und nimmt er diese dennoch vor: so kann von der exceptio libelli mutati Gebrauch gemacht werden. Treten sie aber ein: so ist der Geklagte blos befugt, die Erstreckung der Tagsatzung auf Kosten des Klägers zu begehren, und nicht verbunden, auf das neue Klagbegehren oder Klagerecht sogleich Rede und Antwort zu geben e).

a) Der §. 21 der allg. G. O. steht nicht entgegen, denn dieser verbiethet, wenn die Klage schriftlich eingereicht wurde, bei der mündlichen Verhandlung nur dann die Änderung der Klagbitte, wenn diese als eine Folge des zugleich veränderten Klagerechtes anzusehen ist. — S. auch hierüber v. Kees Kommentar §. 21. n. 5.

b) A. G. O. §. 49.
c) Ebenda §§. 9 u. 26.
d) Ebenda §. 21.
e) Hofd. v. 15. Jänner 1787. b) n. 620.

§. 83.

Wann aus dem Mangel des vorläufigen Vergleichsversuches eine Einwendung entstehe.

Es besteht kein Gesetz, welches im Allgemeinen anordnete, daß der Kläger vor Anstellung der Klage eine Beilegung der Streitsache durch Vergleich zu versuchen gehalten sey. Es steht daher in der Regel dem Kläger lediglich frei, einen gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichsversuch seiner Klage vorangehen zu lassen a), und aus der Unterlassung dessen kann keine Einwendung hergehohlt werden.

In zwei Fällen jedoch muß ausnahmsweise der Klage ein Vergleichsversuch vorausgehen. Diese sind:

1) wenn ein Unterthan b) wider seine Grundobrigkeit als Kläger auftritt: so muß in der Klage der Ausweis beigebracht werden, daß er sich bei ihr gemeldet und gütliche Abhilfe gesucht, aber nicht erreicht habe c);

2) wenn ein Unterthan einen andern Unterthan mit einer Civilklage belangen will: so muß er in derselben zeigen, daß er bei der Grundobrigkeit des geklagten Unterthans die Anordnung einer Vergleichstagsatzung angesucht und erwirket habe, hiebei jedoch keine Ausgleichung zu Stande gekommen sey d).

Mangelt es in diesen Fällen der Klage an dem erwähnten Ausweise: so findet die **Einwendung des unterlassenen vorläufigen Vergleichsversuches** statt e).

a) A. G. O. §. 268.

b) Das Wort: Unterthan — ist im Sinne des Hofdecretes v. 26. Sept. 1797 zu nehmen. S. oben §. 33. 8)

c) Unterthanspatent v. 1. Sept. 1781. §§. 1 und 2. n. 23.

d) Hofd. v. 20. Novemb. 1795. n. 265.

e) Etwas dem Ähnliches verordnet das Hofd. v. 12. Decemb. 1782 (s. Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die k. k. Erbländer ergangenen Verordnungen in einer sistematischen Verbindung. Bd. II. S. 118.). Nach demselben hat jeder Gläubiger, der einem Stifte oder Kloster ein Capital dargeliehen hat, und nun dieser geistlichen Gemeinde dasselbe aufkündet, seine Forderung vorher mit Vorlegung der Urschrift der Schuldurkunde bei der k. k. Kammer-Procuratur anzumelden, das Stift oder Kloster aber die Mittel, mit welchen es eine solche Schuld abzutragen Willens ist, der k. k. Landesstelle anzuzeigen. Diese Verordnung ist gemäß dem Hofd. v. 27. Novemb. 1789 (s. das eben erwähnte Handbuch u. s. w. Bd. XVII. S. 667 ff.) auch auf die exponirten Pfarrer, Curaten und Capläne der den Stiftern oder Klöstern einverleibten Pfründen zu erstrecken, wenn sie Darleben aufgenommen haben. — Würde nun der Gläubiger in seiner Klage nicht den Ausweis beibringen, daß er die eingeklagte Darlehensforderung bereits bei dem Fiscalamte angemeldet habe: so würde derselben die aus diesem Mangel herzuleitende Einwendung entgegen gestellt werden können.

§. 84.

Fundamente der Präjudicial-Einwendung.

Die Präjudicialeinwendung ist aus folgenden zwei Gesichtspunkten zu beurtheilen:

I. Es kann ein klagbar angesprochenes Recht nicht nur der civilgerichtlichen Beurtheilung und Entscheidung überhaupt, sondern noch insbesondere der Gerichtsbarkeit jenes Civilrichters unterliegen, bei welchem die Klage angebracht wurde, also der Fall zur Geltendmachung der

Einwendung des nicht gebührenden Gerichtsstandes nicht vorhanden seyn; — aber das eingeklagte Recht kann auf einem Factum beruhen, dessen Erhebung und Beurtheilung einer andern Behörde ausschließend zugewiesen ist. Wird nun eine Klage von solcher Beschaffenheit angebracht, bevor die competente Behörde über das Factum, aus welchem das eingeklagte Recht hergeleitet werden will, abgesprochen hat: so kann ihr die Präjudicialeinwendung entgegen gesetzt werden. Denn würde sich der Civilrichter in die Entscheidung der bei ihm angebrachten Streitsache einlassen: so würde er, er mag dem Klagbegehren statt geben oder dasselbe für ungegründet erkennen, dem Erkenntnisse jener andern Behörde vorgreifen; es kann ihm daher blos anheimgestellt seyn, das Resultat der über das Klagfactum von der zukömmlichen Behörde gepflogenen Untersuchung im Civilprocesse anzuwenden.

II. Wenn das eingeklagte Recht ganz oder zum Theile auf einem andern streitigen Rechte — welches den Gegenstand einer abgesonderten oder nach der Zulassung des §. 4 der allg. Gerichtsordnung mit der angestellten Klage cumulirbaren Rechtsführung ausmacht — ruhet und aus demselben hervorgehen soll, ohne daß über dieses Principalrecht, als Quelle oder Bedingung des itzt klagbar angesprochenen Befugnisses, bereits eine rechtskräftige Entscheidung ergangen, oder dasselbe mit dem itzt eingeklagten Rechte in Eine Klage vereiniget worden ist: so findet die Präjudicialeinwendung gleichfalls Raum, weil sonst bei unzusammenhängenden Rechtssachen durch die Entscheidung der causa minor vor der streitigen causa major für die letztere ein Präjudiz entstehen, also die Vorschrift des §. 4 der allg. G. O. der Wirkung nach umgangen werden würde; bei zusammenhängenden Rechtsführungen aber der Richter in die Lage kommen könnte, seinem Erkenntnisse in

der Hauptsache durch die Entscheidung des Nebenstreites vorgreifen zu müssen a).

a) Die l. 54 D. de judiciis sagt: Per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet.

§. 85.

Beispiele zur Erläuterung dieser Fundamente.

Einige Beispiele mögen hier zur Erläuterung der im vorigen §. vorgetragenen Grundsätze dienen a):

1) Wenn aus einer Handlung, die an sich ein Verbrechen oder eine Polizeyubertretung wäre, eine Civilklage auf Ersatz des hiedurch verursachten Schadens oder Gewinnsentganges angestellt wird, bevor diese Angelegenheit vor die Criminal- oder politische Behörde gebracht worden ist b): so steht ihr die Präjudicialeinwendung entgegen c). Hat das Criminalgericht oder die politische Behörde den Fall zur Einleitung einer Untersuchung wider den Beschuldigten nicht geeignet gefunden, oder liegt hierüber schon ein rechtskräftiges Urtheil vor: so fällt natürlich die Präjudicialeinwendung weg, nur ist sich im letztern Falle in Ansehung des Factums im Civilprocesse auf Entschädigung an das Ergebniß der Criminal- oder politischen Untersuchung zu halten.

2) Wenn ein Ehegatte unter dem Vorgeben, daß seine Ehe ungültig sey, auf Nichtigerklärung der Ehepacten, sohin auf Zurückstellung des Heirathsgutes, der entrichteten Morgengabe oder dergl. klagen würde, bevor die Ungültigkeit dieser Ehe rechtskräftig ausgesprochen worden ist. Denn die Untersuchung und Entscheidung über die Gültigkeit der Ehe steht nur allein dem Landrechte (oder Judicium delegatum militare mixtum) des Be-

zirkes zu, worin die Ehegatten ihren ordentlichen Wohnsitz haben, und kein Gericht darf diesem Erkenntnisse präjudiciren d). Selbst dann, wenn die Civilklage auf Annullirung der Ehepacten bei eben jenem Landrechte (oder Judic. deleg. milit. mixt.) angebracht würde, welches bei einem Streite über die Gültigkeit dieser Ehe die competente Instanz wäre, müßte der Kläger dennoch auf Abwartung eines, die Gültigkeit oder Ungültigkeit derselben aussprechenden Erkenntnisses verwiesen bleiben; einerseits, weil der Streit über die Gültigkeit der Ehe mittelst Einschreitung eines Vertheidigers des Ehebandes und einer Untersuchung von Amtswegen zu führen ist, was bei einem Streite über die Gültigkeit der Ehepacten nicht eintritt; andererseits, weil über die aus der Ungültigkeit der Ehe entstehenden, das Vermögen betreffenden Rechtsfolgen erst dann gestritten werden kann, wenn die Nullität des Ehevertrages constatirt ist.

3) Wenn der Kläger das Eigenthum des Gutes A einklagt, und bevor über diese Klage rechtskräftig entschieden ist, den Geklagten als unstreitigen Besitzer des Gutes B dahin belangt, daß ihm (dem Kläger) als Eigenthümer des Gutes A eine Grunddienstbarkeit über das Gut B zustehe. Denn um diese confessorische Klage anstellen zu können, ist Beweis nothwendig, daß dem Kläger das Eigenthum des angeblich herrschenden Gutes A gebühre (da sonst sein rechtliches Interesse an der Bestellung dieser Servitut nicht wahrnehmbar wäre, also ihm die Legitimation zur Sache mangeln würde (s. unten §. 88. 2)); diese Frage ist aber der Gegenstand eines besondern anhängigen Rechtsstreites, dessen Ausschlag vorher abgewartet werden muß e).

4) Wenn die Zinsen eines Capitals, oder die Früchte eines im Besitze des Geklagten befindlichen Gutes, dessen

Eigenthümer jedoch der Kläger zu seyn behauptet, eingeklagt werden, und der Geklagte läugnet, daß er dem Kläger jenes Capital, von welchem die Zinsen gefordert werden, schuldig ist, oder daß ihm das Gut gebührt, von welchem er die Herausgabe der Früchte anspricht: so steht der Klage die Präjudicialeinwendung entgegen, und der Kläger muß, um ihr auszuweichen, zugleich das Capital nebst den Zinsen, oder das Gut nebst den Früchten mit Einer Klage einklagen, — oder das Capital oder das fruchtbringende Gut abgesondert und vorläufig klagbar ansprechen, die Klage auf die Zinsen oder Früchte aber bis zur Beendigung dieses Hauptprocesses ruhen lassen. — Gesteht der Geklagte ein, das Capital schuldig zu seyn, oder daß dem Kläger das fruchtbringende Gut gebühre: so ist die Hauptsache nicht streitig, es wird daher derselben durch die Klage auf Zinsen oder Früchte nicht präjudicirt.

5) Wenn gegen den Besitzer eines Gutes, welches dieser für sein Alleineigenthum ausgibt, von demjenigen, der an dieser Sache einen Antheil anspricht, sogleich die Theilungsklage (actio communi dividundo) angestellet würde, bevor rechtskräftig entschieden ist, daß dem Kläger über diese Sache das Miteigenthum zustehe, nämlich ein unabgesonderter, intellectueller Antheil hieran gebühre f). Denn das Recht, auf Theilung einer gemeinschaftlichen Sache zu dringen, entspringt aus dem Miteigenthume g); es muß daher vorläufig entschieden werden, ob dem Kläger das vorgewendete, von dem Geklagten aber geläugnete Miteigenthum gebühre h). Ja selbst in Einen Libell läßt sich die Klage auf Zuerkenntniß des Miteigenthumes mit jener auf Theilung der gemeinschaftlichen Sache nicht vereinigen, weil sie unter sich keinen Zusammenhang haben. Denn die erstere Klage entspringt

zunächst aus jenem Grunde, aus welchem das Miteigenthum entstanden ist; also aus einer zufälligen Ereignung, aus einem Gesetze, aus einer letzten Willenserklärung, oder aus einem Vertrage; die letztere aber geht unmittelbar aus dem Miteigenthume selbst hervor.

6) Wenn zwischen zwei oder mehreren Personen das Erbrecht streitig ist, und einer dieser Erbschaftsprätendenten gegen den andern eine Verlassenschaftsforderung einklagen würde: so kann sich der Geklagte gegen diese Klage mit der Präjudicialeinwendung schützen; es mag der Kläger hierin den Ausweis über sein Erbrecht beigebracht haben oder nicht i). Denn der Richter kann sich in die Entscheidung: ob der Geklagte wirklich Schuldner des Erblassers, also die eingeklagte Zahlung zur Verlassenschaftsmasse zu leisten schuldig oder nicht schuldig sey? gar nicht einlassen, ohne zugleich das Befugniß des Klägers, Verlassenschaftsforderungen einzuklagen, mithin seine Eigenschaft als Erbe anzuerkennen, und hiedurch für den anhängigen Erbrechtsstreit ein Präjudicium aufzustellen k).

a) Die Beispiele unter 1) und 2) beziehen sich auf den Grundsatz I., jene von 3) bis 6) aber auf den Grundsatz II. des vorigen §s.

b) A. b. Gzb. §§. 1339 und 1340.

c) Hofd. v. 6. März 1821 (s. Pratobevera's Materialien Bd. VI. S. 309, n. 207.). — Gründet der Kläger sein Recht darauf, daß eine gewisse Urkunde unecht sey: so kann der Klage die Präjudicialeinwendung nicht entgegen gesetzt werden, weil es nicht Sache des Criminalgerichtes ist, eine Urkunde für echt oder verfälscht zu erklären, sondern diesem blos obliegt, wenn die Gewißheit einer Verfälschung hervorkommen, oder die Civilverhandlung selbst Inzichten darbiethen würde, dem Thäter nachzuforschen, ihn zur Untersuchung und Strafe zu ziehen. Hofd. v. 7. Juni 1799, kundgemacht v. Ostgalliz. Appell. Gerichte (s. Jos. Kropatschek's Sammlung der Gesetze. Bd. VIII).

d) Bei dem erwiesenen Verbrechen der zweifachen Ehe kann zuweilen auch das Criminalgericht die Nichtigkeit der zweiten Ehe aussprechen (Hofd. v. 11. Juli 1817. n. 1345.); doch da ist von einem Präjudicium nicht die Rede, weil das Landrecht hierüber kein weiteres Erkenntniß zu schöpfen hat.

e) L. 16. D. de exceptionibus.

f) L. 18. eod.

g) A. b. Gzb. §. 830.

h) Ebenda §. 827.

i) Im letztern Falle concurrirt mit der Präjudicialeinwendung noch die exc. deficientis legitimationis ad causam activae.

k) Auch das Röm. Recht stimmt mit dieser Ansicht überein, in L. 12. pr. C. de petitione heredit.

IV. Abschnitt.

Von den dilatorischen Einwendungen, welche die Hauptsache selbst angehen.

---

§. 86.

Aufzählung dieser Einwendungen.

Die unter diese Rubrick gehörigen Einwendungen sind:

1) die Einwendung mangelnder Legitimation zur Sache (exceptio deficientis legitimationis ad causam);

2) der Streitgenossenschaft (exc. plurium litis consortum);

3) daß der Kläger zu viel fordere (exc. pluris petitionis);

4) der Ordnung (exc. ordinis);
5) des noch nicht erfüllten Vertrages (exc. nondum adimpleti contractus);
6) der Competenz (exc. competentiae).

§. 87.

Legitimation zur Sache überhaupt.

Wer ein Recht im eigenen Nahmen durch gerichtliche Klage verfolgt, der muß rechtliche Gewißheit darüber herstellen, daß ihm das Befugniß zukomme, dieses Recht im eigenen Nahmen einzuklagen, und daß der Geklagte es sey, welcher die dem eingeklagten Rechte gegenüber stehende Verbindlichkeit auf sich hat. Denn niemand kann aus dem Rechte eines Dritten im eigenen Nahmen klagen, und jede Klage findet nur wider denjenigen statt, der in Bezug auf das eingeklagte Recht als der Verpflichtete erscheint. Der rechtsgenügende Ausweis des Klägers über diese beiden Punkte wird die Legitimation zur Sache genannt a).

Man theilt sie in eine active und passive Legitimation zur Sache ein. Activ ist der Kläger zur Sache legitimirt, wenn rechtlich gewiß wird, daß ihm das behauptete Klagerecht im eigenen Nahmen gebühre; die passive Legitimation ist aber vorhanden, wenn rechtsgenügend hervorkommt, daß der Geklagte diejenige Person sey, wider welche die Klage, wenn sie nur sonst gegründet ist, angestellt werden könne. Jene bezieht sich auf die Klage, diese auf die geklagte Parthei, und der Abgang der einen oder der andern begründet eine Einrede, welche die Einwendung der mangelnden Legitimation zur Sache genannt wird b).

a) Tritt für den Kläger ein Sachwalter auf: so wird an der

Nothwendigkeit dieses Ausweises nichts geändert, sondern derselbe hat die eigentliche Klagparthei zur Sache, sich selbst aber zum Processe zu legitimiren.

b) Ph. Gänz Anleitung zu dem gemeinen, ordentlichen, bürgerlichen Processe. Salzburg, 1797. §. 181. — Ch. Martin Lehrbuch §. 34. — J. C. Gensler Handbuch zu D. Christoph Martins Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes. Zweite verbes. Auflage. Jena, 1821. Thl. I. Abhdl. V. §. d. — Von der passiven Legitimation zur Sache ist hier nicht weiter zu handeln. Zu der, aus deren Abgang entstehenden, exc. desic. legitim. ad causam passivae gehört auch die exc. nominationis auctoris, mit welcher sich der Inhaber einer Sache im fremden Nahmen gegen die Eigenthumsklage schützen kann, und deren der §. 375. des allg. b. Gzb. gedenket.

§. 88.

Activ-Legitimation zur Sache.

Die Activ-Legitimation zur Sache besteht, wie gesagt, darin, daß der Kläger beweist, es gebühre ihm das behauptete Klagerecht im eigenen Nahmen. In den meisten Fällen wird diese Legitimation durch den Beweis des Factums, woraus mit Hinzuwirkung des Gesetzes das eingeklagte Recht hervorgeht, hergestellt, so zwar, daß durch diesen Beweis auch zugleich das Befugniß des Klägers dargethan ist, dieses Recht im eigenen Nahmen einzuklagen. Wenn z. B. der Kläger ein Darleben einklagt, was er dem Geklagten gegeben, — wenn er eine Sache zurückfordert, die er bei ihm hinterlegt, — wenn er die Übergabe einer Sache begehrt, die er von ihm gekauft haben soll, und er liefert Beweis über das Darleben, die Hinterlegung oder den Kauf: so hat er eben hiedurch sein Befugniß zur Klage im eigenen Nahmen dargethan; er hat sich zugleich activ zur Sache legitimirt.

Allein nicht allzeit ist die Legitimation des Klägers

zur Sache so enge mit dem Beweise des Factums, welches der Grund des eingeklagten Rechtes ist, verknüpft, daß sie von einander untrennbar sind; sondern es ist dann erforderlich, sie durch einen besondern Beweis herzustellen, wenn selbst unter dem Voraussatze, daß die Klage wider den Geklagten in der Hauptsache gegründet ist, dennoch das Befugniß dieses Klägers zur Klage von einer besondern Thatsache abhängt. — Dies ist der Fall:

1), wenn der Kläger ein Recht, das ein Anderer erworben hat, auf ihn sich aber fortgepflanzt haben soll, im eigenen Nahmen klagbar verfolgt: so muß er erweisen, daß es an ihn durch Cession, Erbschaft, Legat oder einen andern zur Erwerbung hinreichenden Rechtsgrund gekommen sey; sonst ist seine Klage zu verwerfen, wenn auch immerhin die eingeklagte Forderung ihre Richtigkeit haben sollte. — Die bloße Inhabung des Schulddocumentes, das auf fremden Nahmen lautet, gewährt dem Kläger diese Legitimation nicht; denn obwohl vermuthet werden muß, daß sein Besitz rechtmäßig und redlich sey, daher ihm allerdings die Vortheile, welche der Besitz für den Besitzer erzeugt, zu statten kommen: so sind doch diese Besitzrechte hauptsächlich nur wider denjenigen, der ihm ohne Nachweisung eines stärkeren Rechtes das Schuldinstrument abfordert, also nicht wider den Schuldner wirksam, der sonst leicht der Gefahr ausgesetzt wäre, seine Schuld an den unrechten Mann, z. B. an einen bloßen Depositar des Schuldscheines, der das Depositum mißbrauchte und sich eigenmächtig eines Titels anmaßte, zu bezahlen a).

Eine Ausnahme besteht blos für den Inhaber eines acceptirten Wechsels; denn obwohl sich dieser durch letztes Indossament als Eigenthümer desselben auszuweisen nicht vermag: so ist er doch beim Verfall zu begehren befugt, daß

der Acceptant entweder die Wechselsumme gerichtlich deponire oder ihm gegen Caution verabfolge b).

2) Wenn — außer dem Falle der Rechtsübertragung — aus der Beschaffenheit des eingeklagten Rechtes das rechtliche Interesse des Klägers, dasselbe im eigenen Nahmen durchzusetzen, nicht abzunehmen ist: so muß er sich durch Darthuung dieses Interesses zur Sache legitimiren c). Ein Beispiel liefert die Negatorien-Klage. Wer sich dieser Klage bedient, thut nicht genug, wenn er blos beweist, daß sich der Geklagte einer Servitut angemaßt habe, sondern er muß sich, da diese Klage nur dem Eigenthümer d) zugestanden wird, durch den Beweis: daß jene Sache, auf welcher der Geklagte die Dienstbarkeit auszuüben versuchte, sein Eigenthum sey — zur Sache legitimiren. Ein ähnlicher Fall ist, wenn die Einstellung eines unternommenen Baues oder der vorgenommenen Niederreißung eines Gebäudes begehrt, oder wegen dem nahen Einsturze eines vorhandenen Gebäudes Sicherstellung gefordert wird; denn hiezu ist nur der Besitzer eines unbeweglichen Gutes oder eines dinglichen Rechtes legitimirt, welches einer Beschädigung oder Gefährdung ausgesetzt ist e).

3) Wenn das klagbar verfolgte Recht von der Beschaffenheit ist, daß es an sich immerhin gegründet seyn kann, aber eine gewisse persönliche Eigenschaft des Klägers, z. B. die eines Lehensherrn, Geistlichen u. s. f., deren Entstehung von besondern Thatsachen abhängt, dazu gehört, damit er es im eigenen Nahmen durchsetzen könne: so muß er sich durch den Ausweis über diese persönliche Eigenschaft zur Sache legitimiren f).

a) S. hierüber auch den §. 89.

b) Wechsel-Ordnung v. 1. Octob. 1763. Art. XXXIV.

c) Wegen diesem Interesse, um nicht seinen Zahlungsfond zu

verlieren, räumt das Hofd. v. 16. März 1811 n. 935 dem auf einer Cridarealität superintabulirten oder superpränotirten Gläubiger das Recht ein, die ihm zur Hypothek dienende Forderung zum Concurse provisorisch anzumelden und zu liquidiren, so fern der Eigenthümer der intabulirten oder pränotirten Hauptpost dieselbe in gehöriger Zeit zu liquidiren unterlassen sollte. Dieses Interesse begründet für den superintabulirten oder superpränotirten Gläubiger in Ansehung der Liquidation der intabulirten oder pränotirten Hauptpost zum Concurse eine Legitimation zur Sache und nicht blos zum Processe; er liquidirt sie, wiewohl sie eine fremde Forderung ist, im eigenen Nahmen und nicht im Nahmen des Eigenthumers derselben; denn wäre das letztere wahr: so müßte der Eigenthumer der belasteten Hauptpost das Recht haben, obgleich er sie zum Concurse selbst nicht liquidirt, dem hierauf superintabulirten oder superpränotirten Gläubiger die Liquidation derselben zu untersagen.

d) A. b. Gzb. §. 523.

e) Ebenda §§. 340. 342 u. 343.

f) Aus dieser Darstellung ist nun abzunehmen, daß die exc. defic. legitim. ad causam nicht allzeit eine wahre Einrede ist, sondern auch häufig zur Bestreitung des factischen oder rechtlichen Klagegrundes gehört. Sie ist eine wahre Einwendung jedoch dann, wenn der Geklagte eine positive oder negative Thatsache anführt, aus welcher mit Hinzuwirkung eines Rechtssatzes hervorgeht, daß sich der Kläger im Falle der Ausnahme von jener Rechtsregel befinde, welche mit Hulfe des in der Klage erzählten factischen Verhältnisses dessen Activ-Legitimation zur Sache bilden soll; z. B. wenn der Geklagte behauptet, daß der Kläger die Forderung, die er einklagt, an einen Andern bereits weiter abgetreten und übergeben habe.

§. 89.

Legitimation des Cessionars zur Klage wider den Cessus.

Einige Rechtsfragen über die Activlegitimation, be-

sonders zur Einklage übertragener Rechte, scheinen mir eine nähere Ausführung zu verdienen:

I. Wodurch hat sich der Kläger, wenn er als Cessionar eine ihm angeblich abgetretene Forderung wider den Schuldner einklagt, zur Sache zu legitimiren?

Seine Legitimation liegt in der Herstellung der rechtlichen Gewißheit, daß er die eingeklagte Forderung im Wege der Cession erworben habe a).

Die Erwerbung einer Forderung durch Cession wird durch den Abtretungsvertrag allein noch nicht vollendet. Was von Verträgen überhaupt gilt, daß sie nämlich blos persönliche Rechte zu einer Sache, nicht aber dingliche über dieselbe erzeugen, und blos zwischen den vertragmachenden Theilen, nicht aber gegen dritte Personen wirksam sind; — dies ist in seiner vollen Ausdehnung auf den Abtretungsvertrag einer Forderung anwendbar. Derselbe gewährt für sich allein dem Cessionar blos das Recht, wider den Cedenten darauf zu klagen, daß dieser die Abtretung durch Übergabe der cedirten Forderung zum Vollzug bringe; er ist aber nicht geeignet, dem Cessionar bei der Klage wider den Schuldner (Cessus) zur Legitimation zu dienen.

Über die Art, wie abgetretene Forderungen von dem Cedenten an den Cessionar übergeben werden können und sollen, enthält der §. 427 des allg. bürgl. Gsb. eine bestimmte Vorschrift. Die Übergabe abgetretener Schuldforderungen hat durch Symbole zu geschehen, indem der Eigenthümer (Cedent) dem Übernehmer die Urkunden übergibt, wodurch das Eigenthum (der cedirten Forderung) dargethan wird. Diese Urkunden sind: die Cessionsurkunde und das allenfalls bestehende Schulddocument.

Die Einhändigung einer Cessionsurkunde an den Über-

nehmer ist zur Übertragung des Eigenthums der cedirten Forderung nothwendig, sie mag verbrieft oder unverbrieft seyn. Ist die Forderung unverbrieft: so zeigt sich die Nothwendigkeit der Ausstellung und Einhändigung einer Cessionsurkunde an den Cessionar zum Behufe der beabsichtigten Übertragung des Eigenthumes der cedirten Forderung schon daraus, weil sonst gar keine Urkunde bestünde, durch welche das Eigenthum dargethan würde, und durch deren Aushändigung die Übergabe dieser Forderung vollzogen werden könnte b). Aber auch in dem Falle, wenn über die abgetretene Forderung ein Schulddocument besteht und dieses dem Cessionar eingehändigt wird, ist die Ausfertigung einer Cessionsurkunde und Übergabe derselben an den Cessionar zur Eigenthumsubertragung der Forderung erforderlich, weil blos Schuldscheine, die auf den Überbringer lauten, durch die Übergabe abgetreten werden, und nebst dem Besitze keines andern Beweises der Abtretung bedürfen c); woraus folgt, daß bei Schuldscheinen, die auf den bestimmten Nahmen eines Gläubigers lauten, die Übergabe derselben zur Übertragung des Eigenthums der Forderung an den Cessionar nicht genüge, sondern hiezu noch die Einhändigung einer Cessionsurkunde gehöre.

Aus dieser Darstellung geht die bemerkenswerthe Folgerung hervor, daß der Cessionar, wenn er die ihm angeblich abgetretene Forderung wider den Schuldner einklagt, niemahls zugelassen werden könne, den Cessionsvertrag durch Zeugen, wenn sich auch der Cedent selbst unter diesen befände, oder durch Auftragung des Haupteides an den Geklagten, der von der Abtretung Kenntniß haben soll, zu erweisen. Ein solcher Beweisanboth wäre verwerflich; nicht zwar deshalb, als ob der mündlich geschlossene Abtretungsvertrag nicht gültig und verbindend wäre (denn

für denselben ist die schriftliche Vertragsform zur Gültigkeit ausdrücklich nicht vorgeschrieben, es ist also auf ihn die Regel des §. 883 des allg. b. Gzb. anzuwenden, daß es in Ansehung der Verbindlichkeit keinen Unterschied mache, ob ein Vertrag mündlich oder schriftlich errichtet worden), sondern aus dem Grunde, weil dieser Vertrag die Erwerbung der cedirten Forderung auf der Seite des Cessionars nicht vollendete, sondern ihm blos ein persönliches Recht gewährte, von dem Cedenten die Vollziehung der beschlossenen Abtretung durch Übergabe der oben erwähnten, das Eigenthum der Forderung darthuenden Urkunden zu begehren; ihn also zur Einklage derselben wider den Cessus noch nicht legitimirt. — Aus der nämlichen Ursache kann ein Geständniß des Geklagten, daß der Gläubiger die eingeklagte Forderung dem Kläger mündlich abgetreten habe, dessen Verurtheilung zur eingeklagten Zahlung nicht nach sich ziehen, weil, wie gezeigt, die mündliche Abtretung einer Forderung dem Cessionar noch kein Recht zur Einklage derselben wider den Schuldner gibt, und der Richter von Amtswegen auf Recht und Gesetze zu sehen hat.

a) Es verordnen zwar die §§. 1395 u. 96 des allg. b. Gzb., daß der Cessionar dem Cessus bekannt gemacht werden soll, widrigens derselbe berechtigt bleibt, den ersten Gläubiger (Cedenten) zu bezahlen, oder sich sonst mit ihm abzufinden; allein diese Notification an den Cessus gehört nicht zur Activ-Legitimation des Cessionars, sondern begründet nur eine Replik, durch welche er die Einwendung des geklagten Schuldners: »er habe den Cedenten bereits bezahlt, oder sich sonst mit ihm abgefunden« — in dem Falle elidiren kann, wenn diese Zahlung oder Abfindung erst nach Bekanntmachung des Uebernehmers der Forderung geschehen ist.

b) Die übrigen Arten der symbolischen Uebergabe, von wel-

chen §. 427 des allg. b. Gzb. Erwähnung macht, passen auf Schuldforderungen offenbar nicht.

e) A. b. Gzb. §. 1393.

§. 90.

Dieselbe ist auch bei der Einklage abgetretener Hypothekarforderungen hinreichend.

Da sich der Cessionar durch den Beweis, daß er das Eigenthum der eingeklagten Forderung durch Übergabe und Übernahme der Urkunden, wodurch dasselbe dargethan wird, erworben habe, zur Sache zu legitimiren hat: so entsteht die weitere Frage:

II. Ist diese Legitimation auch zur Einklage abgetretener Hypothekarforderungen hinreichend, oder wird nicht vielmehr in diesem Falle noch weiter erfordert, daß die Cessionsurkunde neben der eingelösten Forderung den öffentlichen Büchern bereits einverleibt sey?

Es scheint, daß der Cessionar vor Einverleibung der Cessionsurkunde zur Klage gegen den Cessus nicht hinreichend legitimirt sey. Erstlich ist der Hypothekarschuldner nur gegen dem die Zahlung zu leisten verpflichtet, daß ihn der Gläubiger in den Stand setze, die Löschung der Verbindlichkeit aus den Hypothekenbüchern bewirken zu können a), eben so wie der Handpfandschuldner nur gegen dem die Schuld zu tilgen verbunden ist, daß ihm das Pfand zugleich zurückgestellt werde b); der Cessionar ist aber vor Einverleibung der Cessionsurkunde nicht in der Lage, dem Schuldner eine löschungsfähige Quittung auszustellen. Zweitens kann es sich vor Einverleibung des Cessionsinstrumentes noch ergeben, daß der Hypothekargläubiger (Cedent) die nämliche Forderung einem Zweiten abtritt, und dieser früher die Einverleibung seiner Cession erwirkt,

oder daß sich ein Gläubiger des Cedenten auf dessen Hypothekarforderung supervormerken läßt; es ist also noch ungewiß, ob der als Kläger auftretende Cessionar jemahls in der Lage seyn werde, dem geklagten Schuldner die zur Löschung der Verbindlichkeit aus den öffentlichen Büchern nöthigen Documente zu verschaffen.

Allein dennoch halte ich dafür, daß der geklagte Hypothekarschuldner aus dem, weil die Cessionsurkunde noch nicht intabulirt ist, wider den klagenden Cessionar keine Einwendung mangelnder Legitimation zur Sache herhohlen könne, aus folgenden Gründen:

1) Man muß bei Pfandschulden das Recht der Forderung (jus crediti) von dem dasselbe sichernden Pfandrechte (jus pignoris) unterscheiden. Die Klage auf Zahlung der Schuld entsteht nicht aus dem Pfandrechte, sondern aus jenem Rechtsgrunde, aus dem die Forderung selbst entsprungen ist.

2) Die Einverleibung der Cessionsurkunde neben der eingelösten Forderung in den öffentlichen Büchern ist nicht zur Übertragung des Eigenthumes der Forderung, sondern blos zur Übertragung des Hypothekarrechtes nothwendig. Denn intabulirte Schuldforderungen sind keine unbewegliche, sondern bewegliche Sachen c): es kann daher die Nothwendigkeit der Eintragung des Erwerbungsgeschäftes in die öffentlichen Bücher, welche zur Übertragung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen erfordert wird d), auf die Übertragung intabulirter Forderungen nicht bezogen werden, sondern dieselbe geschieht, wie bei Schuldforderungen überhaupt, durch symbolische Übergabe, indem der Cedent dem Cessionar die Urkunden übergibt, wodurch das Eigenthum der abgetretenen Forderung dargethan wird e). — Es hat also der Cessionar die ihm abgetretene Tabularforderung

(nicht aber das Hypothekarrecht) durch den Abtretungsvertrag und die hinzugekommene symbolische Übergabe erworben.

5) Daß der Kläger wegen noch nicht einverleibter Cession dermahl noch nicht in der Lage sey, eine löschungsfähige Quittung auszustellen, ist eine Einwendung, die nicht der Klage, sondern dem Executionsgesuche entgegen steht, daher nicht in den Erkenntniß-, sondern in den Executionsproceß gehört. — So lange der Cessionar nicht im Stande ist, den Schuldner löschungsfähig zu quittiren, so lange kann er auch die Execution des Urtheiles, durch welches dem letztern die Zahlung aufgetragen worden ist, nicht begehren; derselbe ist also davor, daß er nicht zur Zahlung der nämlichen Schuld zweimahl angehalten werde, selbst in dem Falle gesichert, wenn ein Dritter auf Grund einer zweiten, von dem Gläubiger gemachten Cession früher die Einverleibung erwirken, oder sich ein Gläubiger des Cedenten auf die in Frage stehende Tabularforderung supervormerken lassen sollte, weil es dem Schuldner freisteht, bei einem solchen Widerstreite der Ansprüche die Schuld zu Gerichtshanden zu erlegen f), damit sie sofort demjenigen, den das Gericht als Eigenthümer der Forderung anerkennen wird, gegen Aushändigung aller zur Erwirkung der Löschung nothwendigen Urkunden verabfolgt werde g).

a) A. b. Gzb. §. 1369.
b) Ebenda §. 469.
c) Ebenda §. 299.
d) Ebenda §. 431.
e) Ebenda §. 427, welcher die Art der Uebertragung des Eigenthumes der Schuldforderungen, ohne zwischen Hypothekar- und Nichthypothekar-Forderungen einen Unterschied zu machen, festsetzt. Welche Urkunden übergeben werden müssen, s. d. vor. §.

f) A. b. Gzb. §. 1425.
g) Ebenda §. 1424.

§. 91.

Von der Legitimation des Pfandgläubigers zur Einklage der ihm verpfändeten Forderung.

III. Ist derjenige, dem eine nunmehr fällige Schuldforderung von dem Gläubiger verpfändet worden ist, zur Einklage derselben im eigenen Nahmen legitimirt?

Für verpfändete Wechselforderungen ist verordnet, daß derjenige, der sich ausweist, einen acceptirten Wechsel pfandweise inne zu haben, bei dessen Verfallszeit berechtiget sey, von dem Acceptanten die Bezahlung zu erhalten und damit seine Forderung zu saldiren, gegen dem, daß er das Übermaß dem Eigenthümer oder im Concursfalle der Masse zurückstelle a). Seine Legitimation zur Sache ist also hiedurch auch hergestellt.

Bei andern verpfändeten Schuldforderungen ist aber der Pfandgläubiger zu deren Einklage im eigenen Nahmen nicht legitimirt, denn das allg. bürgl. Gesetzbuch macht von einem solchen Rechte nicht nur keine Erwähnung, sondern verordnet vielmehr, daß der Pfandnehmer das Handpfand wohl zu verwahren habe — es ohne Bewilligung des Pfandgebers nicht benützen dürfe, und erst dann, wenn er nach Verlauf der bestimmten Zeit nicht befriedigt wird, die Feilbiethung des Pfandes gerichtlich zu verlangen berechtigt sey b).

Der Pfandschuldner ist aber auch dabei interessirt, daß der Pfandgläubiger die ihm verpfändete Schuldforderung nicht einklage. Der Pfandgläubiger käme, wenn seine eigene Forderung noch nicht fällig ist, er aber zur Einhebung der verpfändeten Forderung berechtigt wäre, früher

zu seiner Befriedigung, als sie ihm gebührt; der Verpfänder der Forderung käme um die Zinsen derselben von dem Tage, an welchem sein Schuldner die Schuld an den Pfandgläubiger einzahlt, da sie ihm sonst fortan gelaufen wären, wenn diese Einforderung unterblieben seyn würde; endlich kann, so fern die verpfändete Forderung mehr beträgt als die des Pfandgläubigers, das dem Pfandschuldner gebührende Übermaß in den Händen des Pfandgläubigers einer Gefahr ausgesetzt seyn, welche der Pfandschuldner nicht gelaufen wäre, wenn die verpfändete Forderung uneingefordert geblieben seyn würde.

a) Hofd. v. 13. Juli 1789. b) n. 1033.
b) A. b. Gzb. §§. 459, 461 u. 1369.

§. 92.

Einwendung der Streitgenossenschaft.

Wenn an einer Klage Mehrere hätten Theil nehmen sollen, als dieselbe wirklich angestellt haben; oder wenn die Klage wider Mehrere zu stellen gewesen wäre, als wider welche sie wirklich gerichtet worden ist: so entsteht für den Geklagten die Einwendung der Streitgenossenschaft.

Hat noch ein Anderer, der nicht als Mitkläger auftrat, an der Klage Theil zu nehmen, weil er Theilhaber des eingeklagten Rechtes ist: so ist die Einwendung der Streitgenossenschaft eigentlich die — mangelnder Activ-Legitimation zur Sache, und nach den für dieselbe geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. War aber die Klage noch wider einen Andern zu stellen, den der Kläger übergangen hat: so ruht die dem Geklagten deshalb zustehende Einwendung auf dem Grunde, weil er nicht berechtiget ist, also auch

nicht verbunden seyn kann, die Rechte des von dem Kläger übergangenen Streitgenossen zu vertreten.

In den folgenden §§. werde ich die gewöhnlichen Fälle, in welchen von dieser Einwendung insbesondere Gebrauch gemacht werden kann, auseinander setzen.

§. 93.

Fälle, in welchen diese Einwendung insbesondere anwendbar ist.

Die gewöhnlichen Fälle, in welchen wegen Streitgenossenschaft auf der Seite des Klägers diese Einwendung statt hat, sind:

1. Wenn mehrere Personen eine untheilbare Sache von einem oder mehreren Schuldnern anzusprechen haben, und nur einer oder einige der Mitgläubiger auf diese Leistung klagen, ohne daß sie sich als Sachwalter der übrigen (als Kläger nicht auftretenden) Theilhaber ausweisen a). Denn, weil dem Voraussatze nach die Sache untheilbar ist, also dem Kläger sein Antheil hieran nicht geleistet werden kann: so tritt die Einwendung der Streitgenossenschaft dem Klagbegehren in den Weg, es mag der Kläger die Herausgabe der ganzen Sache oder des ihn treffenden Antheiles verlangt haben; indem jenes wegen den Rechten des, als Kläger nicht aufgetretenen Theilhabers widerrechtlich wäre, dieses aber wegen der Untheilbarkeit der Sache unmöglich ist b).

Diese Einwendung fällt weg:

1) wenn der Kläger durch zureichende Pfänder oder taugliche Bürgen Sicherstellung dafur zu leisten anträgt, daß gegen Übergabe der untheilbaren Sache von Seite des nicht klagbar aufgetretenen Theilhabers hierauf kein weiterer Anspruch gestellt werden wird c);

2) wenn zwischen den mehreren Gläubigern eine active Correalität besteht d);

3) wenn die eingeklagte untheilbare Sache eine Grunddienstbarkeit ist, indem diese jedem Theilhaber des herrschenden Gutes ganz zu statten kommt e).

II. Wenn mehrere Personen eine theilbare Sache von einem oder mehrern Schuldnern zu fordern haben: so kann von der Einwendung der Streitgenossenschaft Gebrauch gemacht werden:

1) wenn einer oder einige der Mitgläubiger von dem einen oder den mehrern Schuldnern entweder den ganzen Schuldbetrag, oder doch mehr, als ihre Antheile hieran ausmachen, ansprechen; es wäre denn, daß zwischen den Gläubigern eine active Correalität bestünde;

2) wenn einer oder mehrere der Mitgläubiger zwar nicht mehr ansprechen, als ihre Antheile an der gemeinschaftlichen Forderung ausmachen, auch die Antheile nicht überschreiten, welche die einzelnen Mitschuldner an der gemeinschaftlichen Schuld zu tragen haben, jedoch von einem Mitschuldner einen größern Betrag fordern, als er mit Rücksicht auf die Zahl der Gläubiger und das zwischen ihnen bestehende Verhältniß in den Forderungsantheilen (welche im Zweifel als gleich groß vermuthet werden) jedem einzelnen aus ihnen zu leisten verbunden ist f). Wenn daher z. B. A. B und C an zwei Schuldner eine Forderung von 1000 fl. zu stellen haben, und dem A hievon 500 fl., dem B 300 fl. und dem C 200 fl. gebühren: so steht ihnen, wenn A von einem der zwei Schuldner mehr als 250 fl., B mehr als 150 fl., oder C mehr als 100 fl. anspricht, in Ansehung des Mehrbetrages die Einwendung der Streitgenossenschaft entgegen, wiewohl sie weder den jedem einzelnen Mitgläubiger gebührenden Antheil an der gemeinschaftlichen Forderung, noch den einem jeden Mit-

schuldner zur Last fallenden Theil der gemeinschaftlichen Schuld überschritten haben mögen.

Eine Ausnahme tritt dann ein, wenn zwischen den Mitgläubigern eine active, oder zwischen den Mitschuldnern eine passive Correalität vorhanden ist g). Denn ist jeder Mitgläubiger das Ganze zu verlangen berechtiget: so gebührt jedem getheilten Mitschuldner erst dann eine Einwendung, wenn der Kläger mehr von dem Geklagten fordert, als des letztern Antheil an der Mitschuld beträgt, und wenn im Gegentheile der geklagte Mitschuldner solidarisch verpflichtet ist: so kann er nur einwenden, daß der als Kläger auftretende, getheilte Mitgläubiger mehr anspreche, als sein Antheil an der gemeinschaftlichen Forderung ausmacht.

a) Hat sich der klagende Mitgläubiger als Sachwalter seines Consorten zwar nicht ausgewiesen, aber doch als solchen genannt: so geht die Einwendung der mangelnden Legitimation zum Processe voran, und verschafft jener der Streitgenossenschaft Anwendbarkeit.

b) Das letztere ist jedoch nur bei beweglichen, nicht bei unbeweglichen, untheilbaren Sachen der Fall, indem bei diesen dem Kläger der ihm gebührende, und von ihm eingeklagte Antheil durch die öffentlichen Bücher übergeben werden kann.

c) A. b. Gzb. §§. 890, 1373 u. 1374.

d) Ebenda §. 892.

e) Ebenda §. 844.

f) Ebenda §. 889.

g) Wann eine solche Correalität eintrete, bestimmt das allg. b. Gzb. in den §§. 891, 892, 1203 u. 1302.

§. 94.

Fortsetzung.

Die gewöhnlichen Fälle, in welchen wegen Streit-

genossenschaft auf der Seite des Geklagten diese Einwendung anwendbar ist, sind:

I. Wenn einer oder einige aus mehrern Miteigenthümern oder Besitzern einer untheilbaren, individuell bestimmten Sache von dem Gläubiger auf Abtretung der ganzen Sache belangt werden, diese mag beweglich oder unbeweglich seyn. Denn obgleich die Gesetze a) ohne Beschränkung verordnen, daß, wenn ein von zwei oder mehrern Personen gemachtes Versprechen eben desselben Rechtes zu einer Sache — untheilbare Sachen betrifft, solche der Gläubiger von einem jeden Mitschuldner fordern könne: so kann diese Anordnung doch nicht von einer individuell bestimmten Sache verstanden werden, welche die Miteigenthümer oder Mitbesitzer derselben einem Andern zusagen. — Man denke den Fall, es würden beide an der Gewähr eines untheilbaren Bauerngutes stehende Ehegatten dasselbe einem Dritten verkaufen: so kann es nicht in der Wahl des Käufers stehen, ob er nur den einen oder den andern dieser Miteigenthümer auf die Übergabe des ganzen erkauften Bauerngutes belangen wolle, sondern er muß beide hierauf klagen. Denn es ist jedem dieser Ehegatten für sich allein unmöglich, dem klagenden Käufer die ganze erkaufte Realität zu übergeben; das wider den einen Miteigenthümer ergangene Urtheil ist auch nur in Ansehung des ihm zustehenden Antheiles wirksam und execitionsfähig, und hat auf den nicht geklagten Miteigenthümer gar keinen Einfluß; das Begehren auf Übergabe des ganzen erkauften Bauerngutes hätte also, wenn es nicht wider beide, sondern nur wider einen der Verkäufer gestellet würde, nicht statt. — Man setze weiter den Fall, es hätten mehrere Miteigenthümer oder Besitzer einer untheilbaren, beweglichen Sache dieselbe an einen Dritten veräußert: so kann er die Übergabe dersel-

ben nicht von dem Einen oder dem Andern, sondern er muß sie von allen klagbar fordern. Denn würde er sie von jenem der Miteigenthümer allein fordern, der sie in seinem Gewahrsam hat: so begehrt er von ihm etwas Widerrechtliches, indem derselbe sie dem Kläger nicht anders als mit Verletzung der Rechte des nicht geklagten Theilhabers herausgeben könnte, da er durch diese Übergabe zugleich über des letztern Antheil verfügen würde h); spricht aber der Kläger diese Sache von demjenigen allein an, der sie nicht inne hat: so muthet er ihm nicht nur gleichfalls eine unbefugte Verfügung über den Antheil seines nicht geklagten Consorten zu, sondern er begehrt auch von ihm etwas Unmögliches. Übrigens kann ein Vertrag, in welchem sich mehrere Miteigenthümer einer Sache zur Überlassung derselben an einen Dritten verpflichten, wohl nicht anders verstanden werden, als daß jeder den ihn treffenden Antheil veräußert habe; also kann er auch nicht auf die ganze Sache, sondern nur auf Abtretung dieses Antheiles belangt werden.

In folgenden Fällen dagegen treten diese Gründe nicht ein, und es hat die Einwendung der Streitgenossenschaft nicht statt:

1) wenn die untheilbare Sache, die von einem oder einigen aus mehrern Mitschuldnern derselben gefordert wird, blos generell bestimmt ist;

2) wenn zwar eine individuell bestimmte, untheilbare Sache begehrt wird, aber der Vertrag, durch welchen sie dem Kläger zugesagt wurde, von dem Geklagten nicht als Miteigenthümer oder Mitbesitzer derselben geschlossen worden ist, sondern dahin gieng, sie dem Kläger zu verschaffen. In diesen beiden Fällen bleibt es bei der Regel, daß der Gläubiger, dem von

Mehrern eine untheilbare Sache versprochen wurde, solche von einem jeden Mitschuldner fordern könne.

3) Wenn der Kläger wider einen oder einige aus mehrern Miteigenthümern oder Besitzern einer individuell bestimmten, untheilbaren Sache, die sie ihm zu überlassen sich verpflichtet haben, nicht die ganze Sache, sondern nur die Abtretung ihrer intellectuellen Antheile hieran (welche Abtretung bei unbeweglichen Sachen durch die Eintragung in die öffentlichen Bucher, bei beweglichen aber durch symbolische Übergabe oder durch das constitutum possessorium bewerkstelligt werden kann) fordert.

II. Wenn aus mehrern Miteigenthümern einer theilbaren aber noch ungetheilten Sache einer oder einige von dem Gläubiger auf Abtretung der ganzen Sache, oder eines physischen Theiles derselben belangt werden. Denn jeder Theilhaber einer gemeinschaftlichen Sache ist zwar vollständiger Eigenthümer seines Antheiles, und als solcher hierüber zu disponiren befugt; allein dieser Antheil ist ein blos intellectueller, und nur die Gesammtheit der Theilhaber ist befugt, über die ganze Sache oder einen physischen Theil derselben zu verfügen c); es muß also eine hierauf gerichtete Klage wider alle Theilhaber insgesammt gestellt werden.

a) A. b. Gzb. §§. 888 und 890.
b) Ebenda §§. 828 u. 829.
c) Ebenda §. 833.

§. 95.

Von der Streitgenossenschaft bei der Einklage einer Verlassenschaftsforderung oder Verlassenschaftsschuld.

Wenn sich zu einer Verlassenschaft Mehrere als

Erben erklärt haben, und es soll entweder eine Forderung der Verlassenschaft eingeklagt werden, oder es will ein Verlassenschaftsgläubiger wider dieselbe als Kläger auftreten: so entsteht die Frage: ob — um der Einwendung der Streitgenossenschaft auszuweichen — erforderlich sey, daß im erstern Falle die Klage von allen erklärten Erben angestellt, und in dem letztern wider alle erklärte Erben gerichtet werde?

Zuvörderst kommt es darauf an, ob die Klage vor oder nach Einantwortung der Erbschaft angestellt wird.

Nach der Einantwortung unterliegt es keinem Bedenken, daß Verlassenschaftsforderungen nur von jenen Erben eingeklagt werden können, denen sie eingeantwortet wurden, und daß ein Verlassenschaftsgläubiger jenen Erben, welcher sich unbedingt als Erbe erklärte, solidarisch — jenen aber, der die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventariums angetreten hat, nur nach Verhältniß seines Erbtheiles und nicht über dessen Belauf auf Zahlung belangen könne a). Es ist daher in solchen Fällen die Zuläßigkeit der Einwendung der Streitgenossenschaft nach den oben (§§. 92 — 94.) vorgetragenen Grundsätzen zu beurtheilen.

Vor der Einantwortung der Erbschaft ist sobald Erbserklärungen schon vorliegen, die Klage eines Verlassenschaftsgläubigers nach dem Hofdecrete vom 19. Jänner 1790. d) n. 1094 wider die erklärten Erben zu richten. Soll dieses heißen: »die Klage ist wi»der alle erklärten Erben zu rubriciren«: so ist diese Verordnung durch das allg. b. Gzb. §. 550 aufgehoben worden, weil nach diesem §. mehrere Erben vor der Erbschaftseinantwortung in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes für Eine Person angesehen werden, und daher solidarisch haften, mithin es der Wahl des Gläubigers

anheim gestellt ist, ob er alle erklärte Erben, oder nur einige oder einen aus ihnen belangen wolle.

Eben wegen dieser von dem Gesetze fingirten **Personeneinheit** mehrerer Erben vor der Erbschaftseinantwortung kann jeder aus ihnen, ohne daß ihm die Einwendung der Streitgenossenschaft entgegen gesetzt werden kann, Verlassenschaftsforderungen einklagen, und es ist nicht erforderlich, daß die übrigen Erben an dieser, während dem Laufe der Verlassenschaftsabhandlung angestellten Klage Theil nehmen. Hat schon ein erklärter Erbe von diesem Befugnisse Gebrauch gemacht, und den Verlassenschaftsschuldner belangt: so kann ein anderer Miterbe sich dieses Rechtes nicht bedienen, und die nämliche Forderung wider eben diesen Schuldner gleichfalls einklagen, sonst steht ihm, wenn die erste Klage noch schwebt, die **Einwendung der Litispendenz** entgegen b).

a) A. b. Gzb. §§. 801, 820 und 821.

b) Eine andere, jedoch hieher nicht gehörige Frage ist die: ob das Urtheil wider die andern Erben, die nicht als Kläger auftraten, oder nicht belangt wurden, wirksam sey? Hier handelte es sich nur darum, ob in diesen Fällen die Streitgenossenschaft eingewendet werden könne.

§. 96.

Exceptio pluris petitionis.

Unter dem gemeinschaftlichen Nahmen — exceptio pluris petitionis — begreift die Praxis eine Reihe von Einwendungen, welche zum Theil zu den peremtorischen gehören.

Nach der Lehre des Röm. Rechts a) kann der Kläger auf vierfache Art zu viel fordern (plus petere), und sich deßhalb der Einwendung pluris petitionis aussetzen:

1) Re; wenn der Kläger an dem Hauptgegenstande

oder den Nebengebühren mehr fordert, als der Geklagte zu leisten schuldig ist. Hieher gehört auch der Fall, wenn der Kläger wider denselben Geklagten früher schon eine Klage anhängig machte, und in der nun angebrachten entweder aus dem nämlichen Klaggrunde ein anderes Recht, oder das nämliche Recht aus einem andern Klaggrunde, oder ein anderes Recht aus einem andern Klaggrunde anspricht, in so fern die, in diesen beiden Klagen gestellten Ansprüche entweder neben einander gar nicht bestehen können (weil einer den andern ausschließt), oder doch jeder für sich nicht durchgesetzt werden kann. Z. B. der Verkäufer würde gegen den Käufer auf Annullirung des Kaufcontractes und Zurückstellung des übergebenen Kaufsgegenstandes klagen, und nachher auf Zahlung des Kaufpreises Klage anbringen; oder es wird auf Herausgabe einer Sache mit der Eigenthumsklage geklagt, und hierauf von demselben Kläger wider den nämlichen Geklagten auf Zurückstellung eben dieser Sache aus dem Leihcontracte die actio commodati angestellt: so könnte in jenem Falle der Klage auf Zahlung des Kaufpreises, in diesem aber der actio commodati die Einwendung pluris petitionis entgegen gesetzt werden. Denn eine Klage des Verkäufers auf Annullirung des Kaufcontractes ist mit der auf Zahlung des Kaufschillings durchaus unverträglich, weil die letztere einen gültigen Kauf voraussetzt; ferner, die geforderte Sache kann dem Kläger nur einmahl, wiewohl aus einem doppelten Grunde — ex dominio und ex commodato gebühren, es kann also auch nur einmahl auf deren Herausgabe geklagt werden, da sonst der Geklagte der Gefahr ausgesetzt wäre, zwei verschiedenen Urtheilen, die ihm die Herausgabe der nämlichen Sache an denselben Kläger auflegen, ein Genüge

thun, also eine einmahl empfangene Sache zweimahl zurückstellen zu sollen.

Es wird jedoch bei dieser Einwendung, welche dem Geklagten wider die spätere Klage zukommt, vorausgesetzt, daß die frühere entweder noch schwebe (und dann ist sie dilatorisch, weil sie durch gerichtliche Abstehung von der frühern Klage, oder durch rechtskräftige Abweisung derselben gehoben wird), oder der hierin gemachte Anspruch dem Kläger durch rechtskräftiges Urtheil schon zuerkannt, oder hierüber ein Vergleich geschlossen worden sey (in diesen Fällen ist sie peremtorisch, und erscheint als exc. rei judicatae oder transactae). Hat daher der Kläger in den gesetzten Beispielen von der Klage auf Annullirung des Kaufcontractes oder der Eigenthumsklage abgelassen, oder ist er mit derselben rechtskräftig abgewiesen worden: so bleibt ihm frei, von der Klage auf Zahlung des Kaufpreises oder der actio commodati Gebrauch zu machen.

2) Tempore; wenn zur Erfüllung einer Verbindlichkeit dem Verpflichteten entweder durch den ursprünglichen Vertrag, oder durch nachträgliches Zugeständniß des Gläubigers, oder durch das Gesetz eine gewisse Frist zugestanden; oder die Verbindlichkeit selbst von dem Eintritte eines Zeitpunktes oder einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht worden ist, und auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit geklagt wird, bevor die Verfallszeit gekommen, der Zeitpunct eingetreten, oder die Bedingung erfüllt worden ist.

Es ist wohl zu bemerken, daß die Einwendung pluris petitionis tempore nur der, vor der Verfallszeit oder erfüllten Bedingung auf die Zahlung selbst angestellten Klage entgegen gesetzt werden kann; denn es steht dem Gläubiger frei, wenn er über seine Forderung

mit einer, einen vollständigen oder halben Beweis herstellenden Urkunde versehen ist, die Einverleibung oder Vormerkung derselben auf das unbewegliche Gut oder die Tabularforderung seines Schuldners in der Zwischenzeit zu erwirken, und auf das Erkenntniß: daß die erwirkte Vormerkung gerechtfertigt sey — zu klagen b). Mangelt ihm eine solche Urkunde: so ist er befugt, seinen Schuldner auf Ausstellung derselben auf seine (des Klägers) Kosten, selbst noch vor eingetretener Verfallszeit oder erfüllter Bedingung, zu belangen c).

3) Loco; wenn der Schuldner vermög des Vertrages oder Gesetzes verbunden ist, seine Verbindlichkeit an einem bestimmten Orte zu erfüllen, und der Gläubiger darauf klagt, daß er derselben an einem andern Orte nachkomme d). Selbst dann, wenn diese Verwechslung der Zahlungsorte dem Schuldner anscheinend vortheilhaft ist, findet die Einwendung pluris petitionis loco statt, weil das, was dem Geklagten vortheilhafter seyn soll, seiner Beurtheilung überlassen bleiben muß, und ihm hierüber die Ansicht eines Andern nicht aufgedrungen werden darf e).

4) Causa; wenn der Geklagte aus zwei oder mehrern Sachen nach seiner Willkühr Eine zu geben schuldig ist, und das Klagbegehren, dem Wahlrechte des Geklagten zuwider, nicht alternativ, sondern präcis auf Eine aus diesen mehrern Sachen lautet; oder wenn der Geklagte ein Genus schuldig ist, und der Kläger eine Species aus diesem Genus fordert f). Denn vor ausgeübtem oder erloschenem Wahlrechte des Schuldners steht dem Kläger noch kein ausschließendes Recht auf Eine aus jenen mehrern Sachen, oder auf eine Species aus diesem Genus zu; er kann daher auch hierauf nicht klagen, und dem Geklagten das Recht nehmen, seiner Verbindlichkeit durch Lei-

stung einer andern Sache, als der in der Klage angesprochenen, Genüge zu thun.

a) §. 33. J. de Actionibus.

b) Patent v. 22. April 1794. §. 10. n. 171 und Hofd. v. 21. Juli 1797. n. 360.

c) Allg. G. O. §§. 176 u. 177.

d) Allg. b. Gzb. §. 1413. — Wo vermög des Gesetzes Zahlungen zu leisten sind, bestimmen die §§. 905 und 1420 des allg. b. Gesetzbuches.

e) Überhaupt ist es räthlich, in dem Klagbegehren den Ort, wo die eingeklagte Leistung geschehen soll, auszudrücken. Hat der Kläger diese Vorsicht unterlassen: so setzt er sich der Gefahr aus, daß erst nach rechtskräftigem Urtheile eine neuerliche Verhandlung über die Frage: an welchem Orte die Urtheilsauflage zu erfüllen sey? — eingeleitet, und hierüber erkannt werden muß, indem diese Streitfrage gleichfalls eine Verbindlichkeit betrifft, die nur im ordentlichen Rechtswege erhoben werden kann. Überdies ist das Klagbegehren nicht so genau als möglich bestimmt, wie es der §. 8 der allg. G. O. vorschreibt, wenn der Kläger es an der Benennung des Orts, wo geleistet werden soll, hat ermangeln lassen, und der Richter befindet sich dieses Gebrechens wegen auch nicht in der Lage, den Spruch nach der Anordnung des §. 248 der G. O. dem Begehren der Partheien gemäß, klar abfassen zu können.

f) A. b. Gzb. §. 906.

§. 97.

Fortsetzung.

Wird aus einem Vertrage geklagt, in welchem sich der Geklagte verpflichtete, dem Kläger bis zu einem gewissen Zeitpunkte aus zwei oder mehrern Objecten Eines zu leisten, und der Schuldner ließ diesen Zeitpunkt fruchtlos verstreichen: so kann er sich doch, wenn in der Klage mit Beseitigung der Wahl des Geklagten Ei-

nes aus jenen mehrern Objecten nach der Willkühr des Klägers gefordert wird, in der Regel mit der Einwendung pluris petitionis causa schützen.

Das Röm. Recht gesteht zwar in einem solchen Falle dem Kläger das Befugniß zu, nach fruchtlos abgelaufenem Termine aus diesen Objecten Eines zu wählen, indem es l. 27. §. 1. D. de pactis heißt: Si cum reo ad certum tempus pactio facta sit, ultra neque reo neque fidejussori prodest. Allein diese Bestimmung trifft auf die Grundsätze unseres heutigen Civilrechtes nicht ein. Nach demselben a) wird ein Vertrag (also auch ein Vertragspunkt) dadurch nicht aufgelös't, daß ein Theil denselben zur gehörigen Zeit nicht erfüllt; es besteht daher für den Schuldner ungeachtet des abgelaufenen Termines das bedungene Wahlrecht noch fortan; ausgenommen, es wäre in der gesetzlichen Natur dieses Vertrages gegründet b), oder ausdrücklich festgesetzt worden, daß nach fruchtlosem Ablaufe des gesetzten Termines ohne ferneres Wahlrecht eine bestimmte Sache geleistet werden, oder der Geklagte das Wahlbefugniß verlieren, und dasselbe an den Kläger übergehen soll.

a) A. b. Gzb. §. 919.

b) Dies ist bei dem Kaufe auf die Probe, dem Verkaufsauftrage (contractus aestimatorius) u. s. w. der Fall.

§. 98.

Wider eine Rescissionsklage wegen Verletzung über die Hälfte ohne alternativen Klagbegehren hat die Einwendung pluris petitionis causa nicht statt.

Wenn ein Theil bei einem entgeldlichen Vertrage über die Hälfte des gemeinen Werthes verletzt ist: so hat er

das Recht, die Aufhebung desselben und die Herstellung des vorigen Zustandes zu verlangen a). Hieraus folgt, daß das Begehren in der Rescissionsklage blos auf die Nichtigerklärung des Geschäftes und Zurücksetzung in die vorige Lage gestellt werden kann. Denn obwohl es dem andern Theile bevor steht, das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, daß er den Abgang bis zum gemeinen Werthe zu ersetzen bereit ist: so kann er doch zu dieser Alternative — Aufhebung des Geschäftes oder Ersatz des Abganges — nicht verurtheilt werden, und es wäre auch überflüssig, ihm das Befugniß zur Ausgleichung des Werthes in dem Urtheile vorzubehalten.

Der Richter, sagte ich, kann in dem Urtheile nicht aussprechen, daß das Geschäft entweder für aufgehoben zu achten, oder der Geklagte den Abgang bis zum gemeinen Werthe zu ersetzen schuldig sey. Denn auf diesen Ersatz hat der verkürzte Theil kein Recht; der Geklagte hat keine Pflicht, sondern ein Befugniß, zwischen der Aufhebung des Geschäftes und der Herstellung des gemeinen Werthes zu wählen; er kann also zu der letztern niemahls, wenn gleich blos alternativ, verurtheilt werden.

Es ist auch überflüssig, dem geklagten Theile dieses Ersatzrecht zum Behufe der Aufrechthaltung des Geschäftes durch das Urtheil vorzubehalten. Der Kläger kann es ihm nicht nehmen, und der Richter hat es ihm nicht genommen, wenn er gleich in dem Urtheile hievon keine Erwähnung machte, sondern die Aufhebung des Geschäftes ohne Vorbehalt aussprach. Dem Geklagten steht frei, sich auch nach ergangenem Urtheile zur Herstellung des gemeinen Werthes bereit zu erklären.

Hieraus ist nun zu entnehmen, daß einer Klage, die wegen Verletzung über die Hälfte präcis auf Aufhebung des Geschäftes und Herstellung der vorigen Lage gerichtet

worden ist, die Einwendung pluris petitionis causa nicht entgegen stehe, wiewohl der Geklagte befugt ist, dasselbe durch Herstellung des gemeinen Werthes aufrecht zu erhalten.

a) A. b. Gzb. §. 934.

b) Auch nach Röm. Rechte ist die Ausgleichung des justi pretii, wie die Juristen sagen, nur in solutione, nicht aber in obligatione. S. D. Joh. Kaufmann Römische Rechtslehre über die Contracte und pacta. Wien und Triest, 1821. S. 42 ff.

§. 99.

Einwendung der Ordnung.

Die Einwendung der Ordnung kommt demjenigen zu statten, der für eine Schuld zwar subsidiarisch (mit seinem ganzen Vermögen oder einem Theile desselben) in Haftung ist, jedoch auf Zahlung derselben belangt wird, bevor sich der Gläubiger wegen Erfüllung der Verbindlichkeit an den Hauptschuldner gewendet hat. — Wider Klagen, in welchen der Kläger gegen den subsidiarischen Schuldner Ausstellung schriftlicher Urkunden über dessen Verbindlichkeit, oder blos Sicherstellung seiner Forderung begehrt, daher auch wider eine Klage, die blos auf das Erkenntniß der Rechtfertigung der, wider den subsidiarischen Schuldner erwirkten Pränotation, und nicht auf Zahlung gerichtet ist, kann von der Einwendung der Ordnung kein Gebrauch gemacht werden.

§. 100.

Personen, denen sie zukommt, und Bedingungen ihrer Anwendbarkeit.

Die Personen, welche, und die Bedingungen, unter

welchen sie sich der Einwendung der Ordnung bedienen können, sind folgende:

I. Der Bürge, wenn er auf Zahlung der verbürgten Schuld geklagt wird, bevor der Gläubiger dieselbe bei dem Hauptschuldner gerichtlich oder außergerichtlich eingemahnt hat a). Daß der Gläubiger den Hauptschuldner zuerst klage, kann von ihm nicht gefordert werden.

In folgenden Fällen aber findet, selbst ohne vorläufige Mahnung des Hauptschuldners, die Klage wider den Bürgen statt, und ihn schützt keine Einwendung der Ordnung:

1) wenn der Hauptschuldner in Concurs verfallen;

2) wenn er zur Zeit, als die Zahlung geleistet werden sollte, unbekannten Aufenthaltes ist b). — Hat sich der Gläubiger eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen; war er nämlich in Eintreibung seiner Forderung säumig: so hindert dieser Umstand zwar nicht, daß der Bürge wegen dem Fallimente oder dem unbekannten Aufenthaltsorte des Hauptschuldners sogleich belangt werden könne (weil der Bürge durch den Verlauf der Zeit, binnen welcher der Schuldner hätte zahlen sollen, von seiner Bürgschaft noch nicht befreiet wird); allein der Gläubiger ist dem Bürgen in so weit verantwortlich, als dieser nun wegen dessen Saumseligkeit an Erhohlung des Ersatzes zu Schaden kommt c).

3) Wenn der Bürge auf die Rechtswohlthat der Ordnung insbesondere Verzicht geleistet hat; denn allgemeine Verzichtleistungen auf Einwendungen sind ohne Wirkung d);

4) wenn er sich als Bürge und Zahler für die eingeklagte Schuld verpflichtete e);

5) wenn die Person, für welche Bürgschaft geleistet worden, sich vermög ihrer persönlichen Eigenschaft gar

nicht verbinden, oder doch das verbürgte Geschäft nicht schließen konnte; es mochte dem Bürgen diese Eigenschaft bekannt oder unbekannt gewesen seyn f);

6) wenn der Hauptschuldner und der Bürge Handelsleute sind; denn bei Handelsleuten wird vermuthet, daß Einer für Alle und Alle für Einen etwas zugesagt oder angenommen haben; daher erscheint der Bürge in diesem Falle als solidarischer Mitschuldner g). Ob auch der Gläubiger ein Handelsmann sey, ist gleichgültig.

a) A. b. Gzb. §. 1355.
b) Ebenda §. 1356.
c) Ebenda §. 1364.
d) Ebenda §. 937.
e) Ebenda §. 1357.
f) Ebenda §. 1352.
g) Ebenda §. 1203. — Weil dieses Gesetz, damit die Vermuthung der correalitas debendi oder credendi entstehen kann, mehrere Handelsleute als Verpflichtete, oder mehrere Handelsleute als Berechtigte voraussetzt: so folgt, daß dieser Vermuthung nicht Raum zu geben sey: 1) wenn zwar der Gläubiger und der Bürge, nicht aber der Hauptschuldner; oder 2) der Gläubiger und der Hauptschuldner, nicht aber der Bürge Handelsleute sind; oder 3) blos Eine aus diesen drei Personen ein Handelsmann ist.

§. 101.

Fortsetzung.

II. Der Cedent, wenn er von dem Cessionar auf Rückzahlung dessen geklagt wird, was er von diesem für die abgetretene Forderung erhalten, bevor sich dieselbe als unrichtig oder uneinbringlich darstellt a). Denn auf diese Fälle (der Unrichtigkeit oder Uneinbringlichkeit)

ist die Verbindlichkeit des Cedenten — dem Cessionar so viel zurückzustellen, als er von ihm für die cedirte Forderung erhalten hat — eingeschränkt b), und es würde wider alle Rechtsgrundsätze laufen, wenn man dem Cessionar das Recht eingestehen wollte, von dem Cessionsvertrage nach Gefallen zurückzutreten, oder was ganz das nämliche ist, ohne ein ihm von dem Cedenten gemachtes, besonderes Zugeständniß denselben principaliter auf Zahlung der abgetretenen Forderung nach Maß des dafür empfangenen Preises zu belangen.

Da nun dem Cedenten gegen den Cessionar die Einwendung der Ordnung, gemäß welcher sich der letztere vorerst an den Cessus zu wenden hat, nur so lange zusteht, bis die abgetretene Forderung als unrichtig oder uneinbringlich erscheint: so entsteht die Frage: **wann ist dieselbe für unrichtig oder uneinbringlich anzusehen?**

Für **unrichtig** ist die cedirte Forderung zu halten:

1) wenn der Cessionar den Cessus belangt hat, und mit seiner Klage **aus dem Grunde der Unrichtigkeit der Forderung** abgewiesen worden ist c). Ist dieses geschehen; so findet, wenn sofort der Cessionar gegen den Cedenten klagbar auftritt, keine Einwendung der Ordnung statt; unbeschadet jedoch den Vertheidigungsmitteln, welche dem letztern wegen nicht angesuchter Vertretung d) oder in andern Hinsichten e) zukommen mögen, um den gestellten Ersatzanspruch abzulehnen.

2) Ohne vorläufige Klage gegen Cessus, wenn der Cessionar wider den Cedenten zu erweisen anträgt, daß er ihm eine unrichtige Forderung abgetreten habe, und sofort diesen Beweis wirklich herstellt.

3) Wenn hervorkommt, daß die cedirte Forderung jene Eigenschaften und accessorischen Vorzüge nicht habe,

mit welchen sie der Cedent abgetreten hat. Z. B. wenn er eine Darlehensforderung ausdrücklich als eine Forderung rückständigen Dienstlohnes, oder eine bloße Chyrographarforderung ausdrücklich als eine Hypothekarforderung veräußert. In allen diesen Fällen veräußerte der Cedent ein Object, was nicht existirte; denn nicht eine Darlehens- oder bloße Chyrographarforderung, sondern eine Dienstlohns- oder Hypothekarforderung wollte der Cessionar einlösen.

Für uneinbringlich ist die abgetretene Forderung anzusehen, wenn der Cessionar durch die vollführte Real-Execution zu seiner Befriedigung nicht gelangt, oder bei dem Concurse über das Vermögen des Cessus ganz oder zum Theile leer ausgegangen ist. Ist einer dieser Fälle eingetreten: so kann der Cedent über die Ersatzklage des Cessionars von keiner Einwendung der Ordnung weiter Gebrauch machen; unbeschadet jedoch jenen Einwendungen, die ihm deswegen — weil er sich etwa von der Haftung für die Einbringlichkeit der abgetretenen Forderung mit Zustimmung des Cessionars ausdrücklich lossagte — oder aus andern Gründen f) zustehen mögen.

a) Diesem dürfte noch beizufügen seyn, wenn die abgetretene Forderung zwar richtig und einbringlich ist, der Cessionar aber den Ansprüchen eines Dritten weichen, und ihm dieselbe ganz oder zum Theile überlassen muß. Z. B. wenn der Cedent bereits früher die nämliche Forderung an einen Andern abgetreten und übergeben, oder einem Dritten verpfändet hat. Hiefür hat der Cedent dem Cessionar zu haften (allg. b. Gzb. §§. 922 u. 923.), und die Verbindlichkeit des erstern besteht in einer eigentlichen Evictionsleistung. — Ad. Diet. Weber Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. I. Stück, 5. Abhdl.

b) A. b. Gzb. §. 1397.

c) Aus welchem Grunde der Cessionar mit seiner Klage gegen den Cessus abgewiesen worden sey, zeigen die Ent-

scheidungsgründe. Dieselben sind daher ein nothwendiger Beleg der Regreßklage, welche der Cessionar gegen den Cedenten wegen gerichtlich ausgesprochener Unrichtigkeit der abgetretenen Forderung anstellt.

d) A. b. Gzb. §. 931.

e) Dahin gehört vorzüglich, wenn laut den Entscheidungsgründen die Abweisung des Klägers nicht deshalb, weil die abgetretene Forderung etwa schon zur Zeit der Abtretung unrichtig war, sondern deswegen, weil sie in den Händen des Cessionars unrichtig geworden, erfolgte, indem z. B. der geklagte Cessus auswies, dieselbe an den Cessionar bereits gezahlt, oder gegen ihn eine, zur Compensation geeignete Gegenforderung zu haben, und dgl.

f) S. die §§. 1398 und 99 des allg. b. Gzb.

§. 102.

Fortsetzung.

III. Der Assignant, wenn er von dem Assignatar, der die Anweisung angenommen hat, auf Zahlung der bei einem Dritten angewiesenen Summe belangt wird, bevor der Assignat die Acceptation der Anweisung verweigert hat; oder die Vorzeigung derselben zur Acceptation wegen Abwesenheit des Assignaten vereitelt worden; oder der letztere auf die von ihm acceptirte Assignation zur Verfallszeit die Zahlung zu leisten versagt hat; oder die Präsentation der Anweisung zur Zahlung wegen Abwesenheit des Acceptanten oder aus andern Ursachen nicht vorgenommen werden konnte a).

Schon die Verweigerung der Acceptation von Seite des Assignaten, oder die Unthunlichkeit der Vorzeigung der Anweisung wegen dessen Abwesenheit berechtiget den Assignatar, die Zahlung von dem Assignanten selbst zu fordern, weil er nicht schuldig ist, eine fernere Anweisung anzunehmen, und die Anordnung des §. 1405 — daß der

Assignatar dem Assignanten von diesem Vorfalle ohne Verzug Nachricht zu geben habe — nicht so verstanden werden kann, als ob dem erstern, außer dieser pflichtmäßigen Nachricht, zum Zwecke seiner Befriedigung nichts weiter einzuleiten bevorstehe; woraus das Absurdum folgen würde, daß dem Assignatar gegen den Assignanten nur in dem Falle, wenn der Assignat die Anweisung zwar acceptirt, aber zur gehörigen Zeit keine Zahlung erfolgt (wovon der §. 1406 spricht), nicht aber dann, wenn dieser die Acceptation verweigert, oder ihm die Anweisung gar nicht vorgezeigt werden kann, eine Regreßklage zustehe.

Tritt nun der Fall der Nichtacceptation oder Nichtzahlung der Anweisung von Seite des Assignaten ein: so ist die Einwendung der Ordnung gegen die Klage des Assignatars wider den Assignanten auf Zahlung der angewiesenen Summe nicht mehr anwendbar, mit Vorbehalt jedoch jener Einreden, die dem Geklagten entweder wegen verzögerter Benachrichtigung von diesen Vorfällen und der hieraus für ihn, in Ansehung seines Erhohlungsrechtes gegen den Assignaten entstandenen nachtheiligen Folgen; oder wegen des Mißverhältnisses zwischen der angewiesenen Summe und dem dafür erhaltenen Preise; oder wegen des Überganges der Assignation in eine Delegation b) zustehen mögen.

a) A. b. Gzb. §§. 1405 u. 1406.
b) Ebenda §. 1407.

§. 103.

Fortsetzung.

IV. Der Aussteller eines fremden, und der Girant eines eigenen oder fremden Wechsels, wenn der Inhaber desselben gegen ihn we-

gen Nichtacceptation oder Nichtzahlung den Regreß nehmen will, bevor er durch die Protesturkunden den Ausweis liefert, und zwar:

1) im Nichtacceptationsfalle, daß der Trassat und jener, an den die Nothadresse verweist, über geschehene Vorzeigung die Acceptation verweigert habe; oder daß ihnen der Wechsel wegen ihrer Abwesenheit, unbekannter Wohnung oder aus andern hinreichenden Ursachen zur Annahme nicht vorgezeigt werden konnte, und daß bereits alle jene, welche als Giranten zwischen dem Wechselinhaber und dem Geklagten in der Mitte stehen, der Ordnung nach, aber fruchtlos, um die Zahlung angegangen worden sind;

2) im Nichtzahlungsfalle, daß der Acceptant bei fremden, und der Aussteller bei eigenen Wechseln oder deren Domiciliaten, wie auch jener, auf den die dem Wechsel allenfalls beigefügte Nothadresse lautet, über erfolgte Präsentation keine Zahlung geleistet habe; oder daß diesen Personen der Wechsel zur Zahlung nicht vorgezeigt werden konnte, und daß bereits von allen, die nach dem Geklagten in diesem Wechselgeschäfte als Giranten eingetreten sind, Zahlung, aber ohne Erfolg begehrt worden sey.

Es gibt jedoch auch Fälle, in welchen bei der Regreßnahme wegen Nichtacceptation oder Nichtzahlung des Wechsels Giranten übersprungen werden können. Es kann daher der Geklagte aus der Überschreitung der Ordnung keine Einwendung herhohlen:

1) wenn er dem Wechselinhaber Ordre ertheilte, den Wechsel bei nicht erfolgender Acceptation oder Zahlung direct an ihn zur Vergütung zurück zu senden, und jener von dieser Erlaubniß Gebrauch macht;

2) Wenn ein Girant in Concurs verfallen; oder

3) den Wechsel mit dem Beisatze: »ohne meine Garantie« oder einem gleichbedeutenden indossirt hat. Jener Girant kann übergangen werden, weil er nicht guten Credits ist, und dieser muß es, weil er für den Eingang des Wechsels gar nicht haftet a).

V. Der Aussteller eines eigenen, domicilirten Wechsels, wenn von ihm dessen Zahlung begehrt wird, bevor der Kläger die Zahlung bei dem Domiciliaten gesucht, aber nicht erhalten hat. Der Grund liegt darin, weil der Übernehmer eines domicilirten Wechsels sich anheischig macht, die Zahlung zunächst bei dem Domiciliaten zu begehren, von welcher Obliegenheit er sich eigenmächtig nicht lossagen kann.

a) Wechsel-Ordnung vom J. 1763. Art. XXIV. — v. Zimmerl in seiner Anleitung zur Kenntniß des Wechselrechtes, §. 228 verwirft diese Einwendung der Ordnung, in so fern sie sich auf das Überspringen eines Giranten gründet, und behauptet, daß es dem Wechselinhaber frei stehe, ob er auf einen Indossenten oder den Aussteller zurückgehen wolle, und die Überschreitung der Ordnung habe keine andere rechtliche Folge, als daß der Wechselinhaber die einmahl übergangenen Vormänner nicht mehr in Anspruch nehmen könne. Allein wie könnte, wenn diese Ansicht die richtige wäre, der Art. 24 sagen, daß es dem Inhaber des Wechsels nur dann frei stehe, die erwähnte Ordnung zu überschreiten, und sich zuerst an einen frühern als den nächsten Vormann zu wenden, wenn er von jenem hiezu besondere Ordre hat? Wie könnte eine solche specielle Erlaubniß von einem entferntern Vormanne jemahls nothwendig seyn, um sich sogleich an ihn halten zu können, wenn dieses dem Wechselinhaber ohnehin frei stünde? — Der Art. 20 steht nicht entgegen; denn er kann in Verbindung mit dem Art. 24 nicht anders verstanden werden, als daß es dem Wechselinhaber vorbehalten sey, nachdem er seine Vormänner der Ordnung nach, aber

fruchtlos, um die Zahlung angegangen hat, sich nach seiner Willkühr an den Aussteller oder einen Giranten zu halten.

§. 104.

Von einer der Einwendung der Ordnung ähnlichen Einrede.

Wenn das Eigenthum einer verpfändeten Sache während der Verpfändungszeit an einen Andern übertragen wird, und der Übernehmer von dem Gläubiger, dem er sich nicht als Schuldner verpflichtet hat, auf Zahlung der mit dem Pfandrechte bedeckten Forderung belangt wird: so kann er sich hieraus mit einer Einwendung gegen die Klage schützen, welche der Einwendung der Ordnung sehr ähnlich ist. Denn durch die Veräußerung der Pfandsache wird an dem Rechtsverhältnisse zwischen Schuldner und Gläubiger nichts geändert; dieselbe geht zwar mit allen darauf haftenden Lasten, also auch mit der Last des Pfandrechtes auf den Übernehmer über; aber er wird deshalb noch kein Schuldner des Pfandgläubigers, weil er sich gegen diesen — wie vorausgesetzt wird — nicht insbesondere verpflichtet hat, sein Schuldner seyn zu wollen. Obwohl daher das Pfandstück, ungeachtet der Veräußerung desselben, dem Gläubiger fortan verhaftet bleibt: so kann er doch nur seinen Schuldner auf Zahlung klagen, und, nachdem seine Forderung für richtig erkannt wurde, entweder die Execution auf die Pfandsache führen, oder auf andere Güter seines Schuldners greifen a), weil der Gläubiger nicht schuldig ist, sich an sein Pfand zu halten b). Begeht er aber den Mißgriff, und klagt an der Stelle seines Schuldners den dermaligen Besitzer der verpfändeten Sache: so weiset ihn dieser gleichsam auf die Ordnung — vermög welcher der Schuldner zu klagen ist — wenn er einwen=

det, daß er mit dem Kläger nicht contrahirt, sich ihm als Schuldner nicht verpflichtet, dieser also gegen ihn gar kein Klagerecht habe c).

a) A. b. Gzb. §. 466.

b) Ebenda §. 465 und Resolution v. 14. Juni 1784. aa) n. 306.

c) Ich kann mir hier nicht versagen, einige Bemerkungen über die Vorsichten zu machen, welche bei Veräußerung einer mit Schulden belasteten Realität zu beobachten sind. Manche Urkundenverfasser glauben den Verkäufer hinlänglich verwahrt zu haben, wenn in dem schriftlichen Kaufcontracte festgesetzt wird: »daß der Käufer die Satzposten »auf Abschlag des Kaufschillings übernehme«, und ahnen gar nicht, daß der Verkäufer für dieselben — in so fern er sie entweder selbst contrahirte, oder sich gegen den Gläubiger in der Folge als Schuldner verpflichtete, obwohl sie ihm der Käufer vom Kaufpreise schon abgezogen hat — noch fortan in Haftung bleibe, und erst in später Zeit, wo es ihm vielleicht nicht mehr möglich ist, seine Erhohlung bei dem Käufer zu suchen, auf deren Zahlung geklagt werden kann. Denn der Vertragspunkt, in welchem festgesetzt wird, daß der Käufer die Tabularschulden auf Abschlag des Kaufpreises zu übernehmen hat, ist eine Assignation; der Verkäufer ist Assignant; der Käufer — Assignat; der Satzgläubiger — Assignatar (allg. b. Gzb. §§. 1400 und 1401.). Hat der Tabulargläubiger zu dieser Anweisung an den Käufer seine Einwilligung nicht ertheilt: so hat sie auf seine Rechte gar keinen Einfluß; der Verkäufer bleibt sein Schuldner nachher wie zuvor, und es hat der erwähnte Vertragspunkt als eine Assignation blos ein Recht und eine Verbindlichkeit zwischen dem Verkäufer und Käufer hervorgebracht (a. b. Gzb. §. 1402.), gemäß welchen der erstere, wenn er von dem Gläubiger auf Zahlung dieser Tabularschuld geklagt werden sollte, von dem Käufer die Vertretung und sofort die Befriedigung des Klägers begehren kann. — Sollte aber auch der Satzgläubiger die Anweisung an den Käufer der belasteten Realität angenom-

men haben (welche Annahme jedoch mit den, in dem §. 869 des bürgl. Gesetzbuches ausgedrückten Erfordernissen einer gültigen Willenserklärung versehen seyn muß, wofür daher das bloße Stillschweigen des Gläubigers über die, ihm gerichtlich bekannt gemachte Veränderung des Eigenthümers des Hypothekargutes nicht zu halten ist): so ist der Verkäufer als Assignant doch noch nicht von aller Haftung frei; er ist vielmehr die angewiesene Satzpost dann in der Regel selbst zu bezahlen schuldig, wenn sie bei dem Käufer als Assignaten nicht einbringlich seyn sollte. — Erst dann ist der Verkäufer vor allem Anspruche der Tabulargläubiger sicher gestellt, wenn diese erklären, daß sie ihn seiner Verbindlichkeit entlassen, und den Käufer als ihren alleinigen Schuldner annehmen. Es muß daher der Verkäufer die Vorsicht gebrauchen, daß er die Intabulation des Kaufcontractes zur Erwirkung des Eigenthums der verkauften Realität für den Käufer früher nicht bewillige, bevor derselbe die erwähnte, neben ihren Satzposten den öffentlichen Büchern einzuverleibende Erklärung der Gläubiger beibringt, oder, wenn Einer oder der Andere aus ihnen diese abzugeben verweigern sollte, sich ausweist, daß er ihn bezahlt habe. So lange dies nicht geschehen, kann der Verkäufer mit Sicherheit dem Käufer nur die Bewilligung geben, die Einverleibung des Kaufcontractes zur Sicherung seiner Kaufsrechte zu erwirken.

§. 105.

Einwendung des noch nicht erfüllten Vertrages.

Aus einem entgeldlichen Vertrage kann nur jener Theil auf dessen Erfüllung den andern Contrahenten belangen, welcher seine Verbindlichkeit bereits erfüllet hat, oder sie zu erfüllen bereit ist a); sonst kann sich der Geklagte mit der Einwendung des noch nicht erfüllten Vertrages schützen. Dieser Einwendung entgeht daher der Klä-

ger nur, wenn er in der Klage die Erfüllung des Vertrages von seiner Seite anführt und die Wahrheit dieses Anführens hervorkommt, oder wenn er die Auflage an den Geklagten zur Erfüllung des Vertrages nur gegen Empfang seiner (des Klägers) Gegenleistung begehrt. Hiedurch gibt er seine Bereitwilligkeit zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu erkennen. Wenn daher z. B. der Käufer wider den Verkäufer auf Übergabe der erkauften, jedoch nicht bezahlten Sache klagt: so kann er sein Begehren nicht unbeschränkt dahin: »daß der Geklagte ihm das Kaufs»stück zu übergeben schuldig erkannt werde«, richten, sondern es muß dahin lauten: »dem Geklagten die Übergabe »des Kaufsgegenstandes an den Kläger gegen den bedunge»nen Kaufpreis pr. — aufzutragen«; sonst kann von der Einwendung des noch nicht erfüllten Vertrages wider die Klage um so mehr rechtlicher Gebrauch gemacht werden, als es nicht angienge, den Geklagten hiemit auf jene Zeit zu verweisen, wann der Kläger die Übergabe des Kaufsgegenstandes im Executionswege begehren wird, weil einem durch rechtskräftigen, gerichtlichen Spruch zuerkannten Rechte in seiner Durchsetzung keine andere Beschränkung beigelegt werden kann, als welche dieser Ausspruch enthält; daher würde der Geklagte bei einer Verweisung der erwähnten Einwendung auf den Executionszug in die Lage kommen, die ihm aufgetragene Leistung erfüllen zu müssen, die ihm gebührende Gegenleistung aber mittelst einer besondern Klage zu begehren, weil nicht der Vertrag, aus welchem geklagt wurde, sondern der richterliche Spruch, welcher der Voraussetzung nach von der Gegenverbindlichkeit des Klägers nichts enthält, der Grund des Executionszuges ist.

a) A. b. Gzb. §§. 1052 u. 1062.

§. 106.

Einwendung der Competenz.

Die Rechtswohlthat der Competenz besteht in dem Rechte eines Schuldners zu verlangen, daß der Gläubiger nicht sein ganzes Vermögen in Beschlag nehme, und in die Execution ziehe, sondern daß ihm so viel gelassen werde, als sein nöthiger Unterhalt erfordert.

Diese Rechtswohltat ist bald im Wege einer Klage, bald im Wege einer Einrede geltend zu machen. Als eine Klage kommt sie z. B. vor, wenn der Schuldner bei der Abtretung der Güter dieselbe gegen die, in dem §. 363 der allg. G. O. genannten Gläubiger anspricht, oder der in Dürftigkeit verfallene Geschenkgeber die gesetzlichen Zinsen des geschenkten, und bereits übergebenen Betrages von dem Geschenknehmer fordert. Wo diese Rechtswohltat als eine Klage nicht anwendbar ist, kann sich der Schuldner ihrer als einer Einwendung bedienen.

Hiebei ist zu bemerken:

1) Die Einwendung der Competenz steht niemahls der Klage, sondern blos dem Executionsgesuche des Gläubigers entgegen, weil die Richtigkeit und Einklagbarkeit der Forderung hiedurch nicht bestritten wird.

2) Sie ist in der Regel höchst persönlich; kommt daher weder den Erben noch den Bürgen zu, d. h. wenn der Erblasser oder derjenige, für welchen Bürgschaft geleistet wurde, von der Einwendung der Competenz hätte Gebrauch machen können: so kann hieraus der Erbe oder Bürge sie nicht auch für sich herleiten, sondern sie gebuhrt ihm nur dann, wenn er sie nach seiner eigenen persönlichen Eigenschaft ansprechen kann a).

a) A. b. Gzb. §. 1354. S. auch D. Lud. Höpfner Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen. Achte Auflage. Frankfurt a. M. 1804. §. 1137.

§. 107.

Personen, denen sie zukommt.

Die Personen, welche sich dieser Einwendung bedienen können sind folgende:

1) Die Ältern gegen ihre Kinder. Denn da die Kinder verbunden sind, ihre in Dürftigkeit verfallenen Ältern anständig zu erhalten a): so folgt, daß sie nicht berechtigt seyn können, dieselben durch eine wider sie geführte Execution in den Stand der Dürftigkeit zu versetzen, sondern schuldig sind, so viel zurück zu lassen, als der Ältern anständiger Unterhalt erfordert.

2) Der Geschenkgeber, gegen den die Abführung der geschenkten Sache exequirt wird, wenn er sich in solchen Vermögensumständen befindet, daß es ihm, wofern er den Schenkungsvertrag vollständig erfüllen sollte, an dem nöthigen Unterhalte mangeln würde. In diesem Falle geht die Einwendung der Competenz dahin, daß dem Geschenkgeber der Fruchtgenuß der geschenkten Sache, in so weit ihm sonst der nöthige Unterhalt mangeln würde, zur Bedeckung desselben überlassen bleibe b). Sie hat das Besondere an sich, daß sich ihrer auch die Kinder des Geschenkgebers und andere Personen, denen er den Unterhalt zu verschaffen schuldig ist, in so weit mit der nämlichen Wirkung bedienen können, in wie weit es ihnen sonst an diesem gebräche c); wiewohl ihnen kein Recht zukommen mag, die Schenkung selbst zu bestreiten.

3) Der Schuldner, der den Gläubigern seine Güter abgetreten hat, wenn Einer oder der Andere aus diesen — der entweder seine Forderung zum Concurse gar nicht an-

gemeldet hat, oder mit derselben ganz oder zum Theile leer ausgegangen ist — auf das nach der Güterabtretung erworbene Vermögen desselben die Execution führt. Die Einwendung der Competenz geht dahin, daß dem Schuldner so viel hievon zurückgelassen werde, als ihm zum nöthigen Unterhalte für sich, seine Gattin und unversorgte Kinder unentbehrlich ist. Sie gebührt jedoch dem Schuldner nur dann, wenn er bei der Güterabtretung ausgewiesen hat, daß er ohne sein Verschulden in die Zahlungsunvermögenheit gekommen sey, und sie steht ihm blos gegen jene Gläubiger zu, denen er seine Güter abtrat, und die in deren Rechte als Erben, Legatare, Cessionare oder dergl. getreten, nicht aber gegen jene Gläubiger, die er bei der Güterabtretung übergangen hat, oder deren Forderungen erst später entstanden sind d).

4) Der Besitzer einer geistlichen Pfründe, wenn auf deren Einkünfte, so weit sie dem Geistlichen zu seinem Genuße gehörig sind, und in seiner Verwaltung stehen, die Execution geführt wird. Die Einwendung der Competenz geht dahin, daß dem Schuldner hievon vorläufig die Alimentation, die in der Congrua von jährlichen 300 fl. besteht, verabfolgt werde e).

a) A. b. Gzb. §. 154.

b) Ebenda §. 947.

c) Ebenda §§. 950 und 954.

d) A. G. O. §. 368 und Resolution v. 11. Sept. 1784. q) n. 335.

e) Hofd. v. 27. Juni 1791. n. 170. — Die Fälle, in welchen die Gesetze auf gewisse Objecte, z. B. auf Gehalte und Quartiergelder der öffentlichen Beamten, gar keine Execution — auf andere aber, z. B. Pensionen und Quiescentengehalte, nur zum Theile dieselbe gestatten, scheinen mir nicht hieher zu gehören.

II. Hauptstück.

Von den Obliegenheiten des Geklagten in Ansehung seiner dilatorischen Einwendungen.

§. 108.

Die Einwendungen müssen vorgeschützt werden.

Gleichwie das Recht zur Klage ein Permissiv-Recht der Parthei ist, welches gerichtlich angebracht werden muß, damit der Richter hierüber urtheilen, es zusprechen und durchsetzen könne: eben so ist es in der Regel mit dem Rechte zu Einwendungen der Fall. Es verordnet daher auch der §. 7 der allg. G. O., daß der Geklagte alle seine zeitlichen und immerwährenden, verzögernden und zerstörenden Einwendungen zugleich anzuführen habe. Hieraus geht der Grundsatz hervor, daß die Einwendungen, um richterlicher Seits in Betrachtung gezogen werden zu dürfen, in der Regel vorgeschützt werden müssen.

§. 109.

Wann hat der Richter nicht vorgeschützte Einwendungen von Amtswegen zu suppliren? — Grundsätze hierüber.

Der Richter soll niemahls von Amtswegen verfahren;

ausgenommen, da er durch die Gesetze hiezu angewiesen wird a). Es bedarf daher immer eines besondern gesetzlichen Grundes, damit der Richter auf nicht vorgeschützte Einwendungen Bedacht zu nehmen habe. Auf diese besondern gesetzlichen Gründe leiten vorzüglich zwei Betrachtungen:

1) Der Richter hat von Amtswegen auf Recht und Gesetze zu sehen, wenn sie auch von der Parthei irrig oder gar nicht angebracht worden wären. Nur was das Factum betrifft, hat er nach den vorgelegten Acten zu sprechen, ohne seine Privatnotizen einzumengen b).

2) Der Richter soll durch keine Handlung oder Unterlassung der streitenden Partheien vermocht werden, ein der Nullität unterworfenes Erkenntniß zu schöpfen.

Das richterliche Supplirungsamt nicht angebrachter Einwendungen tritt daher in folgenden Fällen ein;

1) wenn sie dem Geklagten unmittelbar aus dem Gesetze zustehen, also wahre exceptiones juris sind;

2) wenn sie zwar unmittelbar aus einem Factum hervorgehen, der Kläger aber dasselbe in seine Geschichtserzählung aufgenommen, und der Geklagte diesem Factum nicht widersprochen hat. Denn eine Parthei muß alle Anführungen, deren sie sich wider ihren Gegner bedient, auch gegen sich gelten lassen, sobald hierin etwas enthalten ist, was gegen sie gekehrt werden kann. Das Factum daher, woraus die Einwendung entspringt, ist durch die unwidersprochen gebliebene Assertion des Klägers richtig gestellt; es handelt sich sofort blos um die Anwendung des Gesetzes hierauf, wozu der Richter von Amtswegen verbunden ist;

3) wenn aus der Übergehung der zwar nicht angebrachten Einwendung — dieselbe mag unmittelbar in dem Gesetze oder in einem Factum ihren Grund haben, das

letztere mag im Processe vorgekommen seyn oder nicht, so-
bald es nur dem Richter aus was immer für einer Quelle
bekannt ist — die Nichtigkeit des richterlichen Spruches
folgen würde.

a) A. G. O. §. 1.
b) Hofd. v. 15. Jänner 1787. ii) n. 621.

§. 110.

Bedingungen der Anwendbarkeit dieser Grundsätze.

Diese Grundsätze finden auf jene nicht vorgebrachten
Einwendungen, welche, sofern sie der Richter nicht in
Betrachtung zöge, eine Nullitätsbeschwerde wider dessen
Urtheil begründen würden, oder aus der Art des Verfah-
rens entspringen, unbeschränkt Anwendung; wenn aber
eine nicht vorgeschützte Einwendung blos den Privat-
vortheil des Geklagten zum Zwecke hat: so kann
der Richter auf dieselbe, wiewohl sie entweder unmittel-
bar aus dem Gesetze, oder aus einem von dem Kläger
asserirten, unwidersprochen gebliebenen Thatumstande her-
vorgeben mag, dennoch in zwei Fällen keinen Bedacht
nehmen:

1) wenn das in der Einrede, Duplik oder Gegen-
schlußschrift gestellte Begehren des Geklagten im Wege
steht. Es hat nämlich der Richter den Spruch dem Be-
gehren der Partheien gemäß abzufassen a), und diesem
Grundsatze zu Folge darf er keinen für den Geklagten gün-
stigern Spruch schöpfen, als dieser selbst verlangt hat,
sonst könnte er von Seite des Klägers mit der Nullitäts-
beschwerde angefochten werden. Hieraus folgt, daß ver-
schwiegene Einwendungen des Geklagten in so fern rich-
terlicher Seits nicht zu suppliren sind, in wie fern sonst

der Spruch für ihn noch günstiger ausfiele, als seinem Begehren angemessen ist.

2) Wenn die nicht angebrachte Einwendung von der Beschaffenheit ist, daß dieselbe durch eine Replik elidirt werden kann. Der Kläger hat nämlich in der Klage das Factum, woraus er für sich das angesprochene Recht erwachsen zu seyn glaubt, zwar vollständig anzuführen b), aber es ist nicht seine Sache, die Einwendungen, die der Klage entgegen gesetzt werden könnten, vorauszusehen und dieselben in vorhinein zu widerlegen. Hiezu ist die Replik bestimmt. Unterläßt nun der Geklagte eine Einwendung anzuführen, die ihm aus dem Gesetze zustehen mag: so ist es natürlich, daß der Kläger auch mit den ihm etwa zukommenden Behelfen zurückhält, durch welche diese Einwendung, dafern sie gemacht worden wäre, hätte entkräftet werden können. Würde daher der Richter auf eine solche verschwiegene Einwendung von Amtswegen Bedacht nehmen: so würde er dem Kläger die Rechtsbehelfe abschneiden, durch welche möglicher Weise dieselbe hätte elidirt werden können c).

Eine illustre Bestättigung dieser Ansicht enthält der §. 1501 des allg. b. Gesetzbuches. Die Anordnung nämlich, daß auf die Verjährung ohne Einwendung der Partheien von Amtswegen kein Bedacht zu nehmen sey, ruht auf der Möglichkeit, daß die Verjährung unterbrochen worden, oder ein Schlaf derselben eingetreten, die Verjährungszeit also noch nicht abgelaufen sey, mithin die Einwendung der Verjährung durch den Replikbeweis der Unterbrechung oder des Schlafes derselben widerlegt werden kann. In der Klage ist nicht der Ort, die Unterbrechung oder den Schlaf der Verjährung zu erweisen, weil hieraus das eingeklagte Recht nicht entstanden ist, sondern dadurch nur seine Erlöschung verhindert wurde. Würde da-

her der Richter auf die Verjährung ohne Einwendung des Geklagten von Amtswegen Bedacht nehmen: so würde er dem Kläger die Möglichkeit des Beweises der Unterbrechung oder des Schlafes derselben abschneiden d).

a) A. G. O. §. 248.

b) Ebenda §. 3.

c) Hiebei wird jedoch vorausgesetzt, daß die von dem Geklagten übergangene Einwendung wahrhaft eine solche nach dem oben (§. 4.) aufgestellten Begriffe sey, daher die zur Widerlegung derselben möglichen Replikbehelfe nicht als eine bloße Ergänzung der, allenfalls eines rechtlichen oder factischen Grundes ermangelnden Klage erscheinen würden; weil sonst die Klage schon an sich, und nicht erst ope exceptionis unstatthaft ist (s. oben §. 1. ff.).

d) Archiv für die Civilistische Praxis von Gensler, Mittermaier und Schweitzer. Bd. I. Heft III. Abhdl. XXVIII und XXIX.

§. 111.

Belege hiefür aus den Gesetzen.

Mit diesen Grundsätzen (§§. 109 u. 110.) stehen die Verordnungen, welche sich in Ansehung einzelner Einwendungen für die richterliche Supplirung derselben in unsern Gesetzen vorfinden, im vollkommenen Einklange.

1) Wenn dem Geklagten die Einwendung des nicht gebührenden Gerichtsstandes zusteht: so hat diese der Richter von Amtswegen zu berücksichtigen, wenn entweder derselbe sich jenem Gerichtsstande, bei welchem die Klage angebracht wurde, zu unterwerfen nicht berechtiget a); oder die Incompetenz offenbar ist; ausgenommen der Geklagte hätte in der Hauptsache freiwillig Rede und Antwort gegeben, oder sich ausdrücklich erklärt, daß er sich der Gerichtsbarkeit dieses nicht competenten Gerichtes unterwerfen wolle b); oder, wenn der Geklagte persönlich

ohne Rechtsfreund bei der, zur Verhandlung über die Klage angeordneten Tagsatzung erscheint c).

2) Treten solche Verhältnisse ein, welche die Einwendung des befangenen Richters begründen: so hat das Gericht von Amtswegen die Entscheidung des Rechtsstreites von sich abzulehnen. Der einzelne Rath, den solche Umstände betreffen, hat, sobald das Geschäft zum Vortrage kommt, die Eröffnung zu machen, damit ihm die Abtretung gestattet werde d).

3) Wenn auf der Seite der klagenden oder geklagten Parthei Mangel der Legitimation zum Processe vorhanden ist: so hat der Richter eine solche Klage sogleich von Amtswegen zu verwerfen, oder so fern das Verfahren hierüber schon eingeleitet und im Zuge wäre, dasselbe aufzuheben e).

4) Die Gebrechen, welche sich in der Vollmacht des Sachwalters darstellen, hat der Richter von Amtswegen zu beachten f).

5) Eine Klage, in welcher mehrere unzusammenhängende Gegenstände einer Rechtsführung vermengt worden sind, hat der Richter von Amtswegen zur Absonderung derselben zurück zu weisen g).

6) Diese Zurückweisung der Klage von Amtswegen hat auch zu geschehen, wenn derselben die Einwendung des unterlassenen vorläufigen Vergleichsversuches entgegen steht h), und überhaupt

7) in allen Fällen, wo die Klage offenbar wider die Vorschrift der allgemeinen Gerichtsordnung eingereicht wird, hat der Richter die Hinausgabe derselben an den Kläger zur Verbesserung zu verfügen i).

a) So dürfen sich katholische Geistliche ihres privilegirten Gerichtsstandes des Landrechtes (Hofd. v. 26. Oktob. 1804. n. 700.), und Militärpersonen ihrer Militärgerichtsbarkeit

nicht begeben (Hofd. v. 22. Aprill 1809. n. 890.) S. oben §. 15. Not. a).

b) Jurisdictions = Norm für Mähren und Schlesien vom 5. März 1784. §. 14. n. 257.

c) A. G. O. §. 20. — S. hierüber auch die oben §. 15. Note a) erwähnte Abhandlung IV. des Hrn. Prof. Wagner Nro. II. §. 6. ff.

d) Allg. Instruct. für die Justizstellen v. 9. Sept. 1785. Abthl. I. §. 62. n. 464.

e) Hofd. v. 4. Juni 1789. f) n. 1015.

f) A. G. O. §. 416.

g) Hofd. v. 27. Sept. 1792. a) n. 53.

h) Unterthanspatent v. 1. Sept. 1781. §. 2. n. 23 und Hofd. v. 20. Novemb. 1795. g) n. 265.

i) Hofd. v. 6. Octob. 1783. a) n. 197.

§. 112.

Wann hat der Geklagte seine Einwendungen vorzubringen?

Der Geklagte ist angewiesen, alle Einwendungen — sie mögen dilatorische oder peremtorische, zeitliche oder immerwährende seyn — zugleich und zwar in der Einrede (Exceptionsschrift) anzubringen a). Die Außerachtlassung dieser Vorschrift hat die rechtliche Folge, daß die in der Einrede nicht angebrachte Einwendung als versäumt zu betrachten ist, daher der Geklagte — der sich in der Einrede auf die Bestreitung des rechtlichen oder factischen Grundes der Klage beschränkte, und mit seinen Einwendungen hinter dem Berge hielt, oder einige aus ihnen vorbrachte, andere verschwieg — nicht fordern kann, nachträglich zur Stellung der verschwiegenen Einwendungen zugelassen zu werden, wenn die gebrauchten Rechtsmittel den beabsichtigten Erfolg nicht herbeigeführt haben.

Ausnahmen treten ein:

1) Bei der Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes und der Streitanhängigkeit. Will der Geklagte von einer dieser Einwendungen Gebrauch machen: so hat er sie, wenn über die Klage schriftlich verfahren werden soll, vor Verlauf der Hälfte der ihm zur Erstattung der Einrede bestimmten ersten Frist b), im Falle des mündlichen Verfahrens aber bei der ersten Tagsatzung, bei welcher beide Theile erscheinen, die also vor sich geht, anzubringen c); widrigens ist er damit nicht mehr zu hören.

2) Bei der Einwendung mutati libelli, wenn die Änderung des Klaglibells erst in der Replik oder der Schlußschrift geschehen ist; denn dann kann dieselbe natürlich erst in der darauf folgenden Rede des Geklagten rege gemacht werden.

3) Bei der Einwendung der Competenz; denn diese kann ihrer Natur nach nicht der Klage, sondern blos dem Executionsgesuche des Gläubigers entgegen gesetzt werden (s. oben §. 106.).

4) Bei allen jenen Einwendungen überhaupt, die, wenn sie auch der Geklagte gänzlich verschweigt, der Richter von Amtswegen zu suppliren hat. Diese kann der Geklagte auch noch in der Duplik und Gegenschlußschrift mit Wirkung vorschützen, indem er hiedurch blos die Aufmerksamkeit des Richters auf etwas lenkt, was zu beachten, der Voraussetzung nach, ohnehin dessen Amtssache gewesen wäre.

a) A. G. O. §§. 5—7.

b) Ebenda §. 40.

c) Hofd. v. 27. Juli 1792. a) n. 36. — Es kann daher im mündlichen Verfahren die Einwendung der Incompetenz oder der Streitanhängigkeit auch bei erstreckten Tagsatzungen angebracht werden, wenn nur die Erstreckungen

über schriftliche Gesuche, oder über mündliches Anbringen bei der Tagsatzung selbst, von welcher der Gegner wegblieb, erfolgten. Erscheinen aber beide Theile, und ist der Geklagte noch nicht in der Lage, die Einwendung der Incompetenz ausführen und erweisen zu können: so muß er die Erstreckung der Tagsatzung ausdrücklich »zur Anbringung dieser Einwendung« begehren; sonst ist er bei der neuerlichen Tagsatzung hievon ausgeschlossen.

§. 113.

Beweis der Einwendungen.

Unsere Gesetze a) verordnen sowohl für den Kläger als den Geklagten, daß, wenn dieser oder jener ein Factum anführt, er es zu erweisen schuldig sey. Hieraus läßt sich für den Beweis der Einwendungen folgender Grundsatz aufstellen:

Wenn der Geklagte eine Einwendung geltend machen will: so muß er das zu deren Begründung erforderliche, rechtlich noch ungewisse, factische Verhältniß b) erweisen c).

Nur ein rechtlich noch ungewisses, factisches Verhältniß kann Gegenstand des Beweises seyn. Ist diese juristische Gewißheit schon vorhanden, weil entweder der antwortende Kläger das factische Assertum des Geklagten ausdrücklich eingestanden d); oder demselben in seiner darauf folgenden Rede oder Schrift ausdrücklich und insbesondere nicht widersprochen hat e); oder weil für die Wahrheit desselben eine Rechtsvermuthung f) oder Rechtsfiction streitet; oder weil das angeführte Factum actenmäßig g) oder notorisch ist h): so liegt dem Afferenten keine Beweisführung hierüber ob.

Dies ist der Sinn des bekannten Rechtssatzes: Reu-

excipiendo fit actor i). Derselbe will nichts anderes sagen, als daß der Geklagte in Absicht auf Beweiseslast der gemachten Assertionen vor dem Kläger nichts voraus habe, sondern daß es Sache des Richters ist, den der Einwendung zum Grunde liegenden Stoff eben so, wie ein Klagfactum zu beurtheilen k).

a) A. G. O. §. 104.

b) Hiezu gehört auch das nicht promulgirte Recht, z. B. Privilegien, Dispensationen, Gemeindestatuten, Geseze auswärtiger Staaten, u. s. f.

c) Die Beweismittel sind sogleich dort anzubringen, wo das zu erweisende Thatverhältniß angeführt wurde, und angeführt werden konnte. A. G. O. §. 12 (s. den vorig. §.).

d) A. G. O. §§. 107 — 109.

e) Ebenda §. 11.

f) Ebenda §. 105. — Es befreiet jedoch eine Rechtsvermuthung nicht gänzlich vom Beweise, denn die factische Prämisse derselben muß allzeit von demjenigen, der die Vermuthung für die Wahrheit seiner Assertion gewinnen will, erwiesen werden, wenn sie nicht auf andere Weise schon rechtlich gewiß geworden ist. Wer sich z. B. mit der Einwendung der Zahlung schützen, und sich auf die Rechtsvermuthung gründen will, die hiefür aus dem Zurückempfange des Schuldscheines entsteht, der muß doch beweisen, daß ihm derselbe zurückgestellt worden sey, wenn der Gegner das Factum der Zurückstellung nicht eingesteht, sondern ausdrücklich abläugnet.

g) So zeigen die Acten ohne Beweisführung des Geklagten, ob die Einwendungen der unzulässigen Klagenhäufung, obscuri oder mutati libelli auf Wahrheit beruhen.

h) Notorisch sind alle jene Thatsachen, 1) welche eben dieser Gerichtsstelle, bei welcher der Proceß anhängig ist, zur fortdauernden Amtsnotiz, von Gerichtswegen bekannt geworden sind; 2) die sie selbst öffentlich bekannt gemacht hat (Gerichtskundigkeit); 3) die gemein- oder menschenkundig sind. (S. Archiv f. d. Civilist. Praxis. Bd. I. H. II. S. 258 ff.) — Von dem

Werthe der Kundbarkeit eines Ereignisses oder Zustandes in Absicht auf Enthebung von der Beweisführung geben die §§. 53 und 1108 des bürgl. Gesetzbuchs, und der §. 406 der allg. Gerichtsordnung Zeugniß.

i) L. 19. pr. D. de probat.

k) Müllner's Elementarlehre §. 96.

§. 114.

Beweis der verneinenden Anführungen des Geklagten.

Über den Beweis verneinender Anführungen stellt das Röm. Recht den Satz auf: Per rerum naturam factum negantis probatio nulla est a). Das Canonische Recht schränkt denselben blos auf die directe Beweisführung ein, indem es sagt: Negantis factum per rerum naturam nulla est directa probatio b). Diese Stellen enthalten jedoch nicht eigentlich eine Norm für die Beweislast verneinender Anführungen der Partheien, sondern vielmehr blos die Meinung der Gesetzgeber über die Möglichkeit der Herstellung des Beweises einer Verneinung.

Wäre es wahr, daß der Beweis einer Verneinung überhaupt unmöglich sey: so könnte freilich auch niemahls eine Obliegenheit bestehen, ihn zu führen. Dies ist jedoch falsch. Verneinende Thatumstände können häufig direct, z. B. durch den Eid, erwiesen werden; besonders, wenn sie durch Zeit- und Ortsbestimmung näher bezeichnet, nämlich darauf beschränkt sind, daß in einem gewissen Zeitpunkte oder Zeitraume, in einem gewissen Orte oder Bezirke etwas nicht geschehen, oder nicht vorhanden sey. Sollte aber auch ein directer Beweis des verneinenden Satzes nicht angehen: so kann ein indirecter (künstlicher) dessen Stelle vertreten, indem eine solche affirma-

tive Thatsache erwiesen wird, mit welcher die zum Beweise stehende Negation in einer nothwendigen und unzertrennlichen Verbindung steht c).

Der Beweis eines verneinenden Satzes ist also im Allgemeinen möglich d). Er ist aber auch zuweilen nothwendig, und wird von demjenigen gefordert, der die Negation im Processe angeführt hat, und sich hierauf stützet.

Mit Rücksicht auf den Geklagten kommt es bei Beantwortung der Frage: ob und über welche verneinende Anführungen dem Geklagten der Beweis obliege? — auf folgenden Unterschied an: entweder besteht der von ihm angeführte verneinende Umstand in einem bloßen Abläugnen des, von dem Kläger zur Begründung seiner Klage angeführten, oder hiezu gehörigen affirmativen Factums, von dessen Wahrheit der Ursprung, die Reife oder Einklagbarkeit des angesprochenen Rechtes abhängt; oder der Geklagte will aus der angeführten Negation folgern, daß das Recht des Klägers schon erloschen sey, oder den Character der Klagbarkeit verloren habe.

Im ersten Falle, wenn der Geklagte das affirmative Factum läugnet, worauf die Klage gegründet ist: so hat er in so lange nicht nöthig, seine Negation mit Beweis zu unterstützen, in wie lange jenes Assertum des Klägers weder rechtlich gewiß ist, noch zu erweisen angebothen wurde e). Denn da beide Partheien vor dem Richter gleiche Glaubwürdigkeit haben: so hat er keinen Grund, in dem Rechtsverhältnisse derselben eine Änderung eintreten zu lassen, wenn der Kläger seine positive Assertion, der Geklagte seine Negation unerwiesen läßt; es bleibt daher alles beim Alten, und die Klage wird verworfen f). Hat jedoch der Kläger über die Wahrheit seiner Assertion juristische Gewißheit hergestellt, oder sie doch

herzustellen angebothen: so würde unter der Voraussetzung, daß dem Kläger auch im letztern Falle der Beweis gelingt, das bloße Abläugnen für den Zweck des Geklagten nicht ausreichen, sondern es ist an ihm, auch seine Verneinung zu erweisen g). Dieser Beweis stellt dann den Rechtsstreit wieder auf jenen Platz, auf welchen er stehen würde, wenn von keiner Seite ein Beweis hergestellt worden wäre.

Im zweiten Falle, wenn nämlich der Geklagte aus der Negation folgern will, daß das Recht des Klägers schon erloschen sey, oder den Character der Einklagbarkeit verloren habe, — liegt ihm ob, diese Verneinung, wenn sie Effect haben soll, zu erweisen h). Denn sobald rechtlich gewiß ist, daß ein Recht entstanden und klagbar geworden: so muß der verpflichtete Theil demselben Genüge thun, wenn nicht erwiesen wird, daß er seine Verbindlichkeit schon erfüllt habe, oder das Recht auf andere Art bereits erloschen sey i). — Daß die Erlöschung eines entstandenen Rechtes eben so möglich ist, als dessen Fortbestehen, ist wahr; ja es kann sogar das erstere noch wahrscheinlicher seyn k); allein dieses ändert an der Sache nichts, weil ein gewiß entstandenes Recht deshalb nicht verworfen werden kann, weil seine Aufhebung nur möglich oder wahrscheinlich ist.

Weil nun der Beweis eines negativen Thatverhältnisses im Allgemeinen möglich ist, und zuweilen gefordert wird: so kann demjenigen, der sich auf die Negation stützt, die Last des Beweises derselben, wenn sie eines solchen bedarf, nicht abgenommen werden, obgleich in concreten Falle die Ausführung desselben wegen Mangel der Beweismittel unthunlich seyn sollte, weil man sonst mit eben so viel Grund alle affirmativen Thatumstände im Processe als wahr annehmen müßte, deren Beweis dem Asserenten unmöglich oder unthunlich ist.

a) L. 23. C. de probat. l. 10. C. de non numerata pecun.
b) Cap. 23. X. de elect.
c) So wird durch den Beweis des Alibi indirect erwiesen, daß man sich zu einer bestimmten Zeit an einem gewissen Orte nicht befunden habe, weil man sich zu eben dieser Zeit an einem andern aufhielt, und an zwei verschiedenen Orten zugleich nicht seyn kann.
d) Nep. Borst über die Beweislast im Civilproceß. Bamberg und Leipzig, 1816. §§. 19 und 20.
e) Hievon ist die l. 2. D. de probat., welche sagt: ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat — zu verstehen.
f) Diese Ansicht wirft vieles Licht auf dem umgekehrten Fall — wenn der Kläger die Entstehung des eingeklagten Rechtes darauf gründet, daß etwas nicht geschehen oder nicht vorhanden sey, der Geklagte aber dieses läugnet, also im Grunde die entgegengesetzte Affirmation behauptet — und die daraus entstehende Frage: ob dem Kläger oder dem Geklagten der Beweis seiner Assertion obliege, um seinen Zweck zu erreichen? (S. Borst über die Beweislast §§. 21 — 28.).
g) Dieses ist ein eigentlicher (directer) Gegenbeweis.
h) Ein solcher Beweis ist eine Art der, von dem eigentlichen Gegenbeweise verschiedenen probatio exceptionis, und stellt sich dann als ein uneigentlicher (indirecter) Gegenbeweis dar, wenn die Entstehung des eingeklagten Rechtes durch Vorbeweis oder einfache Rechtsvermuthung zur juristischen Gewißheit erhoben wird.
i) Diese Ansicht scheint an der Einwendung der Extinctiv-Verjährung zu scheitern, indem doch demjenigen, der sich auf dieselbe berufet, offenbar nicht zugemuthet werden kann, zu erweisen, daß der Gegner sein Recht innerhalb der vorgeschriebenen Verjährungszeit nicht ausgeübt habe. Dies ist wahr. Allein die Einwendung der Verjährung gründet sich auf das positive Ereigniß, daß seit der Zeit, wo das Recht des Gegners an sich ausgeübt werden konnte, bereits ein solcher Zeitraum abgelaufen sey, welcher zur Verjährung genügt. Dieser Zeitverlauf hat ganz sicher die

Verjährung zu Stande gebracht, wenn nicht andere positive Ereignungen eingetreten sind, die sie verhindert, nämlich einen Schlaf oder eine Unterbrechung derselben herbeigeführt haben. Den Beweis solcher Ereignungen hat der Gegner auf sich zu nehmen, wenn er die Verjährung elidiren will.

k) So ist es z. B. wahrscheinlich, daß ein schon vor 20 Jahren fällig gewordenes Darlehen auch schon zurückgezahlt sey.

§. 115.

Einwendungen befreien den Geklagten nicht von der Litiscontestation. Ausnahmen.

Einwendungen haben in der Regel die Natur, daß der Geklagte, der dieselben vorbringt, deshalb von der Einlassung in den Proceß (litis contestatio) nicht befreiet wird, d. h. er ist hiedurch von der Beantwortung des in der Klage angebrachten Factums nicht enthoben a); sondern wenn der Geklagte einen Umstand hievon in der Einrede weder ausdrücklich einräumt, noch ausdrücklich und insbesondere abläugnet: so wird derselbe bei Entscheidung des Processes für wahr gehalten, und der Geklagte kann daher, wenn die angebrachten Einwendungen den beabsichtigten Erfolg nicht hatten, sofort nicht begehren, zur Bestreitung des Klagfactums selbst zugelassen zu werden b).

Hieraus geht der Grundsatz hervor, daß eine Einwendung nicht als proceßhindernd c) zu betrachten sey; es wäre denn, daß die Gesetze ihr diese Eigenschaft insbesondere beilegen.

Hiernach sind unter den dilatorischen d) Einreden blos die Einwendungen des nicht gebührenden Gerichtsstandes und der Litispendenz als »proceßhindernde« anzusehen e). Wenn nämlich dem Geklagten eine aus diesen Einreden zu statten kommt:

so steht es ihm frei, sich entweder mit dieser allein zu behelfen, oder zugleich in der Hauptsache Rede und Antwort zu geben. Ist die Einwendung gegründet und nicht versäumt: so muß der Richter den Streit von sich wegweisen; die Verhandlung der Hauptsache ist also für diesen Fall überflüssig und nichtig gewesen. Wird aber diese Einwendung verworfen: so hat der Geklagte, wenn über die Klage schriftlich zu verfahren ist, vom Tage des ergangenen Urtheiles noch die ganze erste Frist zur Erstattung seiner Einrede f), und im mündlichen Verfahren ist es sofort Sache des Klägers, die Anordnung einer neuerlichen Tagsatzung zur Verhandlung der Hauptsache anzusuchen, wo es dann dem Geklagten zukommt, sich seiner fernern Behelfe und Einwendungen zu bedienen.

a) Die Antwort des Geklagten auf das Factum der Klage wird Litiscontestation genannt. Sie geschieht entweder bejahend, wenn er dasselbe eingesteht, oder verneinend, wenn er es in gesetzlicher Form abläugnet. — Vergl. Martin's Lehrbuch §. 143.

b) A. G. O. §§. 5, 7 u. 11. — Resolut. v. 14. Juni 1784. h) n. 306.

c) Eine proceßhindernde Einwendung (exceptio litis ingressum impediens) ist jene, welche den Geklagten von der Einlassung in den Proceß befreiet, und, wenn sie verworfen wird, die nachträgliche Litiscontestation zulässig macht. Dilatorische Einwendungen überhaupt müssen daher wohl von den proceßhindernden unterschieden werden, indem die erstern im Allgemeinen eben so wenig als zerstörende Einwendungen den Geklagten von der Beantwortung des Factums der Klage entheben, also nicht in Ansehung der Litiscontestation, sondern nur in Betracht des endlichen Zweckes des Klägers »verzögernde« genannt werden.

d) Aus den peremtorischen Einwendungen kann der Geklagte der exc. rei judicatae die Wirkung einer proceßhin-

dernden verschaffen, wenn er sie nicht in der Einrede anbringt, sondern die Klage selbst wegen des im Mittel liegenden Urtheiles zurücklegt, über welches Rückerlagsanbringen wie über eine Klage zu verfahren ist (Hofd. v. 15. Jänner 1787. aa) n. 621). Würde erkannt werden: »Der Rückerlag der Klage habe nicht statt«: so würde erst dann die Verhandlung über die zurückgelegte Klage zu folgen haben. — Das Canonische (Cap. 1. de litiscontest. in 6to.) und Römische Recht (L. 1. §. ult. D. ad SC. Tertyllian.) zählen auch die exceptiones litis transactae, renunciatae und praescriptae zu den proceßhindernden Einwendungen. S. hierüber Archiv für d. Civilist. Praxis. Bd. I. H. III. Abh. XXXI. S. 425 ff.

e) A. G. O. §§. 40 — 42. — Ich finde zu bemerken nothwendig, daß, wiewohl diese Gesetze nur von der Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes sprechen, hierunter auch jene der Streitanhängigkeit begriffen werden muß, wie dies aus den im §. 40 der allg. G. O. aufgeführten Ursachen, aus welchen der Gerichtsstand abgelehnt werden kann, zu ersehen ist. Es ist also die letztere nach eben denselben Grundsätzen zu beurtheilen.

f) A. G. O. §. 41.

§. 116.

Sie enthalten aber niemahls ein Geständniß des Klagfactums.

Manche Einwendungen, welche der Geklagte zuweilen vorbringt, sind von der Beschaffenheit, daß der Thatumstand, woraus diese mit Hülfe des Gesetzes hergeleitet werden, mit dem Klagfactum so zusammen zu hängen scheint, als ob jener ohne diesem nicht bestehen könne, und daher der Geklagte durch die Vorschützung einer solchen Einwendung den factischen Grund der Klage als richtig zugestanden habe, und nothwendig habe einräumen müssen. Wenn der Geklagte z. B. die exc. pluris petitionis tempore entgegen setzt; so scheint er hiedurch die

Richtigkeit der eingeklagten Forderung einzugestehen, weil von einer unrichtigen Forderung nicht gesagt werden könnte, daß sie noch nicht fällig sey. Der geklagte Bürge, der exc. ordinis macht, scheint hiedurch die Richtigkeit der Bürgschaft einzuräumen, weil, wenn diese nicht besteht, ihm auch jene Einwendung nicht gebührt.

Nach dem Canonischen a) und Römischen b) Rechte beurtheilt, unterliegt der Satz: »daß Einwendungen kein »Geständniß der Klage enthalten« (excipiens non confitetur), keinen bedeutenden Schwierigkeiten, wiewohl er doch nicht von allen Rechtslehrern angenommen wird c).

Unsere vaterländischen Gesetze enthalten hierüber keine ausdrückliche Bestimmung. Um daher in diesem Punkte ins Klare zu kommen, dürfte es dienlich seyn, zuerst folgende drei Fälle zu unterscheiden: ob der Geklagte nebst Vorbringung der, anscheinend ein Geständniß der Klage enthaltenden Einwendung, entweder das Klagfactum in der Einrede ausdrücklich eingestanden; oder ausdrücklich und insbesondere widersprochen; oder keines von beiden gethan habe.

Im ersten Falle hat man nicht nothwendig, aus der gemachten Einwendung ein Geständniß des Klagfactums zu folgern, weil dasselbe ausdrücklich geschehen, sohin für diesen Fall die Untersuchung: ob nicht auch die vorgeschützte Einwendung ein solches Geständniß einschließe? von keiner practischen Wirkung ist. Das Nämliche tritt im dritten Falle ein, weil die Unterlassung des ausdrücklichen und speciellen Abläugnens des, von dem Gegner behaupteten Thatumstandes in der darauf folgenden Rede oder Schrift die Wirkung hat, daß derselbe auch ohne Beweis als wahr angenommen wird.

Im zweiten Falle jedoch, wenn der Geklagte das Factum der Klage in gehöriger Form widersprochen, und

zugleich Einwendungen gemacht hat: so kann aus denselben, sie mögen was immer für eines Inhaltes seyn, doch niemahls gefolgert werden, daß der Geklagte hiedurch das, was er geläugnet, wieder eingestanden habe, so widersprechend auch immer sein Vortrag zu seyn scheinen mag d). Denn die Gesetze öffnen dem Geklagten zwei Vertheidigungswege gegen die Klage, deren er sich einzeln oder **vereint** bedienen kann, nämlich durch Bestreitung des factischen und rechtlichen Grundes der Klage, und durch Einwendungen (s. oben § 5.). Für keinen Rechtsfall und für keine Einwendung kommt in unsern Gesetzen die geringste Spur einer Beschränkung des Geklagten in dem **vereinten** Gebrauche dieser Vertheidigungsmittel vor. Heißt es nun nicht, dem Geklagten eine dieser Vertheidigungsarten abschneiden, wenn man sich für berechtigt hält, aus irgend einer seiner Einwendungen ein Geständniß des Klagfactums heraus zu argumentiren? — Er müßte sich entweder mit der Abläugnung desselben begnügen, und seine Einwendung fahren lassen, oder diese vorschützen, und sich des Widersprechens der Klage enthalten, da dieses nicht mit Wirkung geschehen könnte.

Es ist aber auch nur Schein, wenn man in einer Einwendung zuweilen ein Geständniß der Klage zu entdecken glaubt. Es kann z. B. das Abläugnen der Schuld gegründet seyn, weil sie niemahls bestanden hat, aber es kann auch wahr seyn, daß der Geklagte in der irrigen Meinung, er sey Schuldner, von welcher er aber dermahl zurückgekommen ist, von dem Kläger das Zugeständniß einer Zahlungsfrist, die noch nicht verstrichen ist, und worauf er nun die exc. pluris petitionis tempore gründet, angenommen habe. Wo liegt hier die Nothwendigkeit des Eingeständnisses des Klagfactums? — Selbst der, welcher das Entstehen der Forderung abläugnet, aber die Einwen-

dung der Zahlung vorschützt, kommt mit sich in keinen Widerspruch, weil er ja ein indebitum gezahlt haben kann e). Es ist daher eine bloße, durch die Gesetze nicht bestätigte, also auch nicht zu berücksichtigende Vermuthung f) eines Geständnisses, welches in gewissen Einwendungen für das Klagfactum enthalten seyn soll g).

a) Cap. 6. X. de except. §. Ad haec: Exceptionem objiciens de intentione partis adversae non intelligitur fuisse confessus.

b) L. 9. D. de except.: Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quocum agitur, quia exceptione utitur. — Vergl. Weber's Beiträge Abhdl. 15. Wehrn's Grundriß §. 43. c) Martin's Lehrbuch §. 93.

c) S. die bei Wehrn §. 43 in der Not. 6) angeführten Schriftsteller.

d) Pratobevera's Materialien Bd. VII. S. 383. in der Note *)

e) Weber's Beiträge, Stück II und III. S. 111.

f) A. G. O. §. 105.

g) Der vorsichtige Sachwalter des Geklagten bringt, wenn er das Factum der Klage abläugnet, solche Einwendungen, aus denen man ein Geständniß desselben herzuleiten versuchen könnte, ohnehin nur mit dem Vorbehalte an, wenn jenes Factum erwiesen wurde. Wo aber auch dieser Vorbehalt nicht gemacht wurde, versteht er sich von selbst, und diese Einwendungen sind, in so weit die Verneinung der Assertionen des Klägers für den Zweck des Geklagten ausreicht, als nicht vorgebracht zu betrachten, was die Rechtslehrer durch den Satz ausdrucken: Negans non excipit.

III. Hauptstück.

Von den Wirkungen der dilatorischen Einwendungen.

§. 117.

Gegenstand ihrer Wirkungen.

Der Einfluß, welcher den dilatorischen Einwendungen auf den Proceß, in welchem sie vorkommen, eigen ist, bezieht sich

I. auf die Form, in welcher derselbe seine Erledigung erhält;

II. auf das Materielle der Entscheidung selbst, welche in der Hauptsache ergeht.

Im Verfolge wird es sich zeigen, daß jede dilatorische Einwendung nur in Einer der eben angeführten Beziehungen, nicht aber in beiden zugleich wirksam seyn kann, und daß sie derlei Wirkungen in der Regel (s. unten §. 124.) nur dann äußert, wenn sie der Richter gegründet findet.

§. 118.

I. Form der Erledigung des Rechtsstreites.

In Ansehung der Form, in welcher der Rechtsstreit, und somit auch die in demselben vorgekommenen Einwen-

dungen ihre Erledigung zu erhalten haben, ist dem Richter verordnet, die Streitsache durch Urtheil zu entscheiden a), hierin aber weder ein Erkenntniß über Formalitätsgegenstände auszudrücken b), noch überhaupt auszusprechen, ob er dieser oder jener Einwendung statt gegeben habe oder nicht, sondern beides den Entscheidungsgründen vorzubehalten c).

Es soll also der Richter die Streitsache entscheiden, nämlich über das Begehren der Partheien selbst, und nicht blos über einzelne Einwendungen des Geklagten ein Erkenntniß schöpfen. Dies ist Regel. Manche Einwendungen sind aber von der Beschaffenheit, daß sie den Richter an der Schopfung eines Urtheiles in der Hauptsache verhindern, und andere Schritte von dessen Seite nothwendig machen.

Diese Schritte können nach Verschiedenheit der Fälle vierfach seyn:

1) das Gericht stellt die eingereichte Klagschrift dem Kläger, ohne den Geklagten hierüber zu vernehmen, zurück;

2) es hebt die im Zuge befindliche, oder schon geschlossene Rechtsverhandlung auf, und erklärt dieselbe zur Schöpfung eines Urtheiles in der Hauptsache nicht geeignet;

3) es leitet die Delegation eines andern Richters zur Entscheidung des Rechtsstreites ein;

4) es erkennt durch vorläufiges Urtheil über die Statthaftigkeit einzelner, vorgebrachter Einwendungen.

a) A. G. O. §. 247.
b) Hofd. v. 12. Jänner 1798. n. 398.
c) Hofd. v. 2. Decemb. 1797. n. 392.

§. 179.

Abweichungen hievon: 1) durch Zurückstellung der Klagschrift;

Weil der Richter nicht von Amtswegen verfahren soll, er wäre denn durch die Gesetze hiezu angewiesen a): so hat er auch in der Regel über die eingereichte Klage das Verfahren einzuleiten, und die Zurückstellung derselben an den Kläger bedarf als ein Act, um den kein Theil gebethen hat, eines besondern gesetzlichen Grundes b). Das Gericht hat daher die eingereichte Klage dem Kläger nur in folgenden Fällen von Amtswegen zurück zu stellen:

1) wenn dessen Incompetenz zur Entscheidung der angebrachten Streitsache offenbar ist c);

2) wenn der klagenden oder geklagten Parthei die rechtliche Fähigkeit mangelt, als Kläger oder Geklagter vor Gericht zu erscheinen (s. oben die §§. 29 — 31.), und die Klage nicht von ihrem und rücksichtlich wider ihren gesetzmäßigen Vertreter angestellt wurde (s. die §§. 34, 38 u. 44.) d);

3) wenn die Klagschrift von einem, zur Praxis bei diesem Gerichte berechtigten Rechtsfreunde hätte unterfertigt seyn sollen (weil deren im Gerichtsorte zwei oder mehrere bestehen), diese Unterschrift jedoch mangelt e). Dahin gehört auch der Fall, wenn dem einschreitenden Sachwalter des Klägers die Legitimation zur Praxis abgeht (s. §. 78.);

4) wegen den im §. 80 aufgeführten, die Einwengen illicitae cumulationis, inepti und obscuri libelli begründenden Mängeln der Klagschrift f), weil der Richter eine offenbar wider die Vorschrift der allgemeinen Gerichtsordnung eingereichte Schrift von Amtswegen zur Verbesserung zurück zu stellen hat g);

5) in jenen Fällen, in welchen der Klage ein Vergleichsversuch vorangehen muß (s. oben §. 83.), in der Klagschrift aber der Ausweis nicht beigebracht wird, daß dieser Vergleich versucht worden sey h).

Wegen allen übrigen Einwendungen, die der Klage entgegen stehen mögen, selbst wenn schon der Inhalt des Klaglibells darauf leiten sollte, wie auch, wenn es der Klage an einem rechtlichen Grunde gebricht (s. oben §. 2.), sie also nicht statt haben kann, wenn auch über das Klagfactum rechtliche Gewißheit hergestellt würde, ist der Richter nicht berechtigt, die Klage sogleich von Amtswegen zurück zu weisen, weil er sich vor dem Schlusse des Verfahrens in das Innerliche des Geschäftes, und ob die Klage wohl oder übel instruirt sey, nicht einlassen, und nur solche Klagschriften zurück geben soll, bei welchen wider die vorgeschriebene Form offenbar gefehlt worden i).

a) A. G. O. §. 1.

b) Die Zurückstellung der Klagschrift an den Kläger wird durch Bescheid auf dieselbe verordnet, und ihm werden sofort beide Exemplare derselben zurück gegeben. Gegen diesen Bescheid findet der Recurs statt.

c) Jurisdictions-Norm v. 5. März 1784. §. 14. n. 257.

d) Hofd. v. 4. Juni 1789. f) n. 1015. — Hat der Sachwalter, der im Nahmen eines Andern Klage anbringt, sich in derselben nicht genügend zum Processe legitimirt (s. oben die §§. 32 — 74.), und ist die Klagschrift von der Parthei nicht eigenhändig unterschrieben: so hat der Richter die discretionäre Macht, entweder die Klage zur Beibringung dieser Legitimation sogleich zurück zu stellen, oder damit bis zum Schlusse des Verfahrens zuzuwarten. Hofd. v. 30. Novemb. 1789. f) n. 1081. — Das Letztere hat zu geschehen, wenn die Parthei die Klagschrift eigenhändig unterschrieben hat. Hofd. v. 9. Novemb. 1811. n. 961.

e) A. G. O. §. 14 und Hofd. v. 6. Decemb. 1782. c) n. 105. — Bei den Militärjustizbehörden ist die Unterfertigung der

im Processe vorkommenden Rechtsschriften von einem Rechtsfreunde gänzlich erlassen. Patent v. 20. Aprill 1782. §. 3. n. 46.

f) Hofd. v. 27. Sept. 1792. a) n. 53.

g) Hofd. v. 6. Octob. 1783. a) n. 197.

h) Unterthanspatent v. 1. Sept. 1781. §. 2. n. 23 und Hofd. v. 20. Novemb. 1795. g) n. 265.

i) Höchste Resolution v. 31. Octob. 1785. t) n. 489.

§. 120.

2) durch Aufhebung des Verfahrens;

Trat der Fall ein, eine eingereichte Klage wegen einer ihr entgegen stehenden Einwendung dem Kläger von Amtswegen zurück zu stellen (s. d. vor. §.), der Richter übersah ihn jedoch, und leitete über die Klage das Verfahren ein: so ist es seine Sache, die hierüber entweder noch im Zuge befindliche oder schon geschlossene Verhandlung — je nachdem ihm die Einwendung im Laufe des Verfahrens oder erst nach dem Schlusse desselben vorkommt — aufzuheben, wenn das Gebrechen nicht in der Zwischenzeit gehoben worden ist. Denn würde der Richter mit Übergehung solcher Einwendungen, die er ohnehin von Amtswegen zu suppliren hat (s. die §§. 109 — 111.), das Erkenntniß über die Hauptsache schöpfen: so wäre es entweder nichtig — da es auch das Verfahren ist, worüber es ergieng — oder er würde sich wenigstens einer Ahndung von Seite des Obergerichtes aussetzen, wie es bei einem Rechtsstreite zwischen Unterthanen der Fall ist, wenn der Richter mit Beseitigung des vorläufigen Vergleichsversuches ein Urtheil schöpfen würde a).

Es kann aber, wie gesagt, die Aufhebung des Verfahrens wegen einer Einwendung, die schon die Zurückstellung der Klage begründet haben würde, nur dann er-

folgen, wenn diese nicht in der Zwischenzeit gehoben worden ist. — Diese Hebung der Einwendung kann geschehen:

1) bei der offenbaren Incompetenz des Gerichtes; wenn der Geklagte, dafern er dasselbe zu prorogiren befugt ist (s. §. 111.), mit Übergehung der ihm zugestandenen Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstandes oder der Streitanhängigkeit, in der Hauptsache Rede und Antwort gegeben, oder sich ausdrücklich erklärt hat, er wolle sich der Gerichtsbarkeit dieses Richters unterwerfen b);

2) bei dem Mangel der persönlichen Fähigkeit der klagenden oder geklagten Parthei, sich selbst zu vertreten; wenn sie während dem Laufe des Processes diese Fähigkeit erlangt hat, z. B. der minderjährige Kläger nunmehr großjährig geworden c), oder ihr gesetzmäßiger Vertreter in der Folge hinzugetreten ist, und die Fortsetzung des Streites übernommen hat;

3) bei dem Abgange der Legitimation des Sachwalters zum Processe; wenn er dieselbe nachträglich beigebracht hat, oder die Parthei bei der Tagsatzung, wo die Verhandlung gepflogen wird, persönlich erscheint, also hiedurch zu erkennen gibt, daß die Klage mit ihrem Willen angestellt worden sey, und überhaupt durch ihr Erscheinen die Producirung einer schriftlichen Vollmacht von Seite ihres Sachwalters entbehrlich macht (s. oben §. 55.) d);

4) bei dem Mangel der Legitimation des Sachwalters zur Praxis; wenn er sich diese in der Zwischenzeit verschafft, oder die Parthei einen andern, zur Praxis berechtigten Bevollmächtigten aufgestellt hat;

5) bei der unerlaubten Klagenhäufung; wenn der Kläger dieselbe durch Abstehung von den nicht cumulirbaren Klagepunkten gehoben, — und bei der exc. libelli

inepti oder obscuri; wenn er in einem, noch vor Erstattung der Einrede gemachten Klagnachtrage den Titel, aus welchem er klagt, angegeben, oder sein Begehren genauer bestimmt hat;

6) bei dem Mangel des vorläufigen Vergleichsversuches; wenn der Kläger in der Folge den Ausweis beigebracht hat, daß ein Vergleich, vielleicht nachträglich, versucht wurde, oder ausgewiesen wird, daß in dem Zustande des Klägers oder Geklagten solche Veränderungen in der Zwischenzeit eingetreten sind, bei welchen, dafern sie sich schon vor Einreichung der Klage ergeben hätten, der Versuch eines Vergleiches gleich Anfangs nicht erforderlich gewesen wäre.

a) Hofd. v. 20. Novemb. 1795. g) u. h) n. 265.

b) Patent v. 5. März 1784. §. 14. n. 257. — Von dem Falle, wenn der Geklagte die Incompetenz einwendet, handelt der §. 124. Ist er den Gerichtsstand, bei welchem er geklagt wurde, zu prorogiren nicht berechtigt: so hat auch seine ausdrückliche Unterwerfungserklärung oder die geschehene Litiscontestation keine rechtliche Wirkung.

c) In diesem Falle kann der Richter das Urtheil in der Hauptsache unbedenklich schöpfen, weil das Recht, dasselbe mit der Nullitätsbeschwerde anzufechten, nur dem gesetzmäßigen Vertreter der Parthei, die sich selbst zu vertreten nicht berechtiget ist (temp. praes.), zusteht, dessen Amt aber hat schon sein Ende erreicht. Hofd. v. 4. Juni 1789. f) n. 1015.

d) Hat sich der Sachwalter nachträglich zum Processe nicht legitimirt: so hat das Gericht demselben die Beibringung der erforderlichen Legitimationsdocumente mit Bestimmung einer angemessenen Frist aufzutragen, allenfalls hievon auch die Parthei, in deren Nahmen er handelte, zu verständigen, nach deren fruchtloser Verstreichung aber das Verfahren aufzuheben. — Hat aber die Parthei die Satzschriften eigenhändig unterschrieben: so ist zwar deshalb ihr Sachwalter von der Beibringung einer schriftlichen Vollmacht nicht

enthoben (s. §. 55.); allein es dürfte, wenn der zur Nachtragung derselben gemachte Auftrag unbefolgt bleibt, angemessener seyn, durch Pönalien dessen Erfüllung zu bewirken, als die gepflogene Verhandlung ohne Einwilligung des Gegentheils aufzuheben, weil die von Seite der Partbei geschehene Unterfertigung der Satzschriften denn doch die Gewißheit herstellt, daß die Proceßverhandlung ihrem Willen gemäß war.

§. 121.

Fortsetzung.

Zuweilen ist es auch die exc. libelli mutati, welche, dafern sie gegründet ist, die Aufhebung der gepflogenen Verhandlung zur Folge hat.

Es kommt nämlich auf den Unterschied an, ob der Kläger unbefugt (s. oben §. 82.) 1) das Klagerecht geändert; oder 2) in der Folge etwas ganz Anderes gefordert, als er in der Klage angesprochen hat; oder 3) eine dem Geklagten günstige Bedingung oder eine sonstige Modification, durch welche das Begehren der Klage beschränkt war, in der Folge ausdrücklich zurück genommen; oder 4) das Klagbegehren vermehrt hat (s. §. 81.).

Im ersten und zweiten Falle hat der Richter die gepflogene Rechtsverhandlung aufzuheben, weil kein Begehren des Klägers vorliegt, über welches durch Urtheil erkannt werden konnte. Wenn nämlich der Kläger in der Folge das eingeklagte Recht aus einem, der Gattung oder Individualität nach ganz andern Grunde herleitet, als aus welchem er es in der Klage angesprochen hat; oder wenn er nach der Hand etwas ganz Anderes fordert, als er in der Klage begehrte: so hat er zweierlei gethan: er hat das in der Klage aufgestellte genus actionis oder

das daselbst ausgedrückte Begehren zurückgenommen, und demselben ein anderes substituirt. Die Zurücknahme der Klage steht dem Kläger allzeit frei, es kommt ihm daher auch allzeit zu, zu erklären, daß er das eingeklagte Recht überhaupt nicht, oder doch aus dem in der Klage aufgeführten Grunde nicht ansprechen wolle. In so fern daher in der Änderung des Klagerechtes oder Klagbegehrens eine Zurücknahme des in der Klage aufgestellten enthalten ist, in so fern ist dieselbe ein gültiger Act, welcher seine Rechtswirkungen dahin äußert, daß der Richter über die Frage: ob dem Kläger (bei der Änderung des Klagbegehrens) das in der Klage angesprochene Recht überhaupt, oder (bei der Änderung des Klagerechts) ob es ihm aus dem in der Klage aufgeführten, individuellen Titel gebühre? kein Urtheil weiter schöpfen darf; es wäre offenbar nichtig, weil es ein Erkenntniß über etwas seyn würde, was kein Gegenstand des Rechtsstreites mehr ist. — In so fern aber die Änderung des Klagerechtes oder Klagbegehrens die Vorbringung eines neuen einschließt, ist sie nur unter gewissen, oben im §. 82 aufgeführten Bedingungen erlaubt, also, wo diese nicht eintreten, ein ungültiger Act, der keine rechtlichen Wirkungen nach sich ziehen kann. Es kann daher auch der Richter gültig darüber nicht entscheiden: ob dem Kläger das eingeklagte Recht aus dem neu vorgebrachten genus actionis, oder der in dem neuen Begehren gegen den Geklagten gestellte Anspruch gebühre oder nicht gebühre; somit bleibt ihm nichts anderes übrig, als die gepflogene Verhandlung zur Fällung eines Urtheiles in der Hauptsache nicht geeignet zu erklären a).

Im dritten Falle hat der Richter auf die nachträgliche, unbefugte Erklärung des Klägers, daß er die dem Geklagten günstige Bedingung oder Modification, durch

welche das Begehren der Klage beschränkt ward, zurück nehme, keinen Bedacht zu nehmen, sondern sie als nicht geschehen zu betrachten, weil dem Kläger wohl die Zurücknahme der ganzen Klage oder eine Verminderung des Klagbegehrens jederzeit freisteht, ihm aber nicht zukommt, blos von dem, dem Geklagten günstigen Punkte des Klagbegehrens wieder abzugehen. Der Richter schöpft daher mit Hintanweisung dieser wirkungslosen Handlung des Klägers das Urtheil in der Hauptsache eben so, wie es zu schöpfen gewesen wäre, wenn derselbe an dem Begehren seiner Klage gar nichts zu ändern beabsichtiget hätte.

Auf gleiche Art hat der Richter im vierten Falle, wenn nämlich der Kläger in der Folge sein Klagbegehren unbefugt vermehrt, mit gänzlicher Übergehung dieser ungültigen Handlung des Klägers das Urtheil über den in der Klage gestellten Anspruch zu schöpfen b).

a) Hat jedoch der Geklagte auf das neu vorgebrachte genus actionis oder das neue Begehren des Klägers, mit gänzlicher Übergehung der ihm zukommenden exc. libelli mutati, freiwillig Rede und Antwort gegeben: so findet die Aufhebung des Verfahrens nicht mehr statt, sondern der Richter hat hierüber so das Urtheil zu schöpfen, als wenn schon die Klage aus dem neu vorgeschützten Klagerechte angestellt worden, oder das neue Begehren schon daselbst vorgekommen wäre; denn der Geklagte ist befugt, auf seine Einwendungen Verzicht zu leisten, und beiden Theilen steht es frei, einverständlich von der gesetzmäßigen Verfahrungsart abzuweichen. — Ein passender Beleg hiefür ist das Hofd. v. 27. Sept. 1792. a) n. 54; denn obgleich der Richter eine in der Einrede angebrachte, zur Compensation nicht geeignete Gegenforderung ad separatum zu verweisen hat: so hat er doch nach dem eben angeführten Gesetze über dieselbe dann zu entscheiden, wenn der Kläger in seiner Replik auf dieselbe freiwillig, ohne Vorbehalt, Rede und Antwort gegeben hat.

b) Die in der Note a) gemachte Bemerkung findet auch hier Anwendung, wenn der Geklagte auf das vermehrte Klagbegehren ohne Vorbehalt antworten sollte.

§. 122.

Fortsetzung.

Die Aufhebung der gepflogenen Verhandlung geschieht durch Bescheid oder Dekret. Ist das Verfahren noch im Zuge: so erfolgt die Aufhebung mittelst Bescheid auf jene Schrift, bei welcher das Gericht die rechtliche Nothwendigkeit, die weitere Verhandlung einzustellen, bemerkt hat. Ist aber die Verhandlung schon geschlossen, und liegt zur Urtheilsschöpfung vor: so wird entweder der Aufhebungsbeschluß beiden Theilen mittelst Dekret bekannt gemacht, oder erfolgt mittelst Bescheid und eigentlich Rathschlag, zu welchem bei dem schriftlichen Verfahren der Kopf des Actenrotulus, und bei dem mündlichen jener des letzten Tagsatzungsprotocolls das Rubrum bilden kann.

In diesem Bescheide oder Dekrete hat das Gericht:

1) zu erklären, daß es die gepflogene Verhandlung aufhebe a);

2) die Gründe aufzuführen, aus welchem es sich zu diesem Beschlusse bewogen gefunden hat;

3) über den Gerichtskostenpunkt ein Erkenntniß zu schöpfen, daher entweder die aufgelaufenen Gerichtskosten gegenseitig aufzuheben, oder deren Ersatz einer Partbei oder ihrem Sachwalter (wie bei dem Mangel der Legitimation desselben zum Processe) aufzutragen, oder einem Theile die nachträgliche Vorlegung des Verzeichnis-

ses seiner Kosten zur gerichtlichen Mässigung vorzubehalten, welches dann zu geschehen hat, wenn ein im Zuge befindliches Verfahren, für welches die Gerichtskostenverzeichnisse noch nicht vorzulegen gewesen sind, aufgehoben wird, und das Gericht einem Theile den Ersatz derselben zuzusprechen findet.

Gegen den Bescheid oder das Dekret, wodurch das Verfahren für aufgehoben erklärt wird, hat der Recurs an das Appellationsgericht statt. Findet dasselbe, daß kein hinreichender Grund zur Aufhebung der Verhandlung vorhanden ist: so trägt es dem Unterrichter im Falle des geschlossenen Verfahrens die Schöpfung des Urtheiles in der Hauptsache auf, oder stellt, wenn das im Laufe befindlich gewesene Verfahren aufgehoben wurde, den Partheien frei, die Wiederaufnahme der Verhandlung zu begehren.

a) War das Verfahren schon geschlossen: so kann entweder zugleich eine Tagsatzung zur Errotulirung der Acten angeordnet, oder das Begehren der Partheien um Anordnung derselben abgewartet werden.

§. 123.

3) durch Einleitung der Delegation eines andern Richters;

Der Eintritt solcher Umstände, welche die Einwendung des befangenen Richters (s. die §§. 25 — 27.) begründen, macht die Delegation eines andern Gerichtes zur Entscheidung des Rechtsstreites nothwendig a). Die Einleitung hiezu hat der Richter, bei welchem der Proceß anhängig ist, zu treffen, indem er am Schlusse des

14 *

Verfahrens von beiden Theilen Vorschläge über die Wahl des zu delegirenden Gerichtes abfordert, und sofort mit Beilegung ihrer abgegebenen Äußerungen über den Eintritt des Delegationsfalles an das Appellationsgericht Bericht erstattet. Sind beide Theile über das zu delegirende Gericht einig, oder zwar uneins, aber es ergibt sich kein wichtiger Anstand: so ordnet dasselbe die Delegation an b); sind aber die Vorschläge der Partheien nicht übereinstimmend, und ergibt sich zugleich ein wichtiger Anstand: so hat das Appellationsgericht über diesen Vorfall weiteren Bericht an die oberste Justizstelle abzustatten, und von dorther die Entscheidung zu erwarten c).

Die erfolgte Delegation wird sowohl dem delegirten Gerichte, als auch jenem, bei welchem der Proceß anhängig ist, durch Dekret bekannt gemacht; dem letztern zu dem Zwecke, damit es die Partheien hievon verständige, und die verhandelten Acten, wenn diese dem erstatteten Berichte nicht beigelegt worden wären, dem delegirten Richter übersende.

a) Als Proceßleiter konnte das befangene Gericht allerdings einschreiten.

b) Hofd. v. 3. Mai und 4. Octob. 1791. n. 146 und 206.

c) Hofd. v. 30. Sept. 1782. n. 86.

§. 124.

4) durch Schöpfung eines Urtheiles über einzelne Einwendungen.

Setzt der Geklagte der Klage die Einwendung des nicht gebührenden Gerichtsstandes oder der Streitanhängigkeit (s. bei §. 115. die Note e)) entgegen; er mag dies zur gehörigen Zeit (s. §. 112.)

oder erst in seiner Einrede thun; sie mag gegründet seyn oder nicht: so hat der Richter durch vorläufiges Urtheil, gegen welches das Rechtsmittel der Appellation, wie über andere Urtheile, ergriffen werden kann, zu entscheiden: ob diese Einwendung statt habe oder nicht a). Wird derselben statt gegeben: so kann ohnehin von der Entscheidung der Hauptsache keine Rede seyn; wird sie aber verworfen, und hatte der Geklagte sich bloß auf dieselbe beschränkt, und sich nicht in den Proceß eingelassen: so hat erst dann die Verhandlung über die Hauptsache auf jene Art zu beginnen, wie oben im §. 115 erwähnt wurde. Hat er aber eventuell, wenn diese Einwendung verworfen werden sollte, in der Hauptsache Rede und Antwort gegeben: so hat der Richter nach rechtskräftiger Verwerfung derselben — ohne ein Begehren der Partheien abzuwarten oder eine neuerliche Verhandlung einzuleiten — zur Fällung des Urtheiles in der Hauptsache zu schreiten, weil nach dem Hofdecrete v. 11. Sept. 1794, n. 193 in einem solchen Falle der Ausspruch in der Hauptsache nur einstweilen auf sich zu beruhen hat, mithin die hierüber gepflogene Verhandlung nicht als unnütz zu betrachten ist.

a) Hofd. v. 11. Sept. 1794. n. 193.

§. 125.

II. Einfluß der dilatorischen Einwendungen auf das Materielle der Entscheidung des Rechtsstreites.

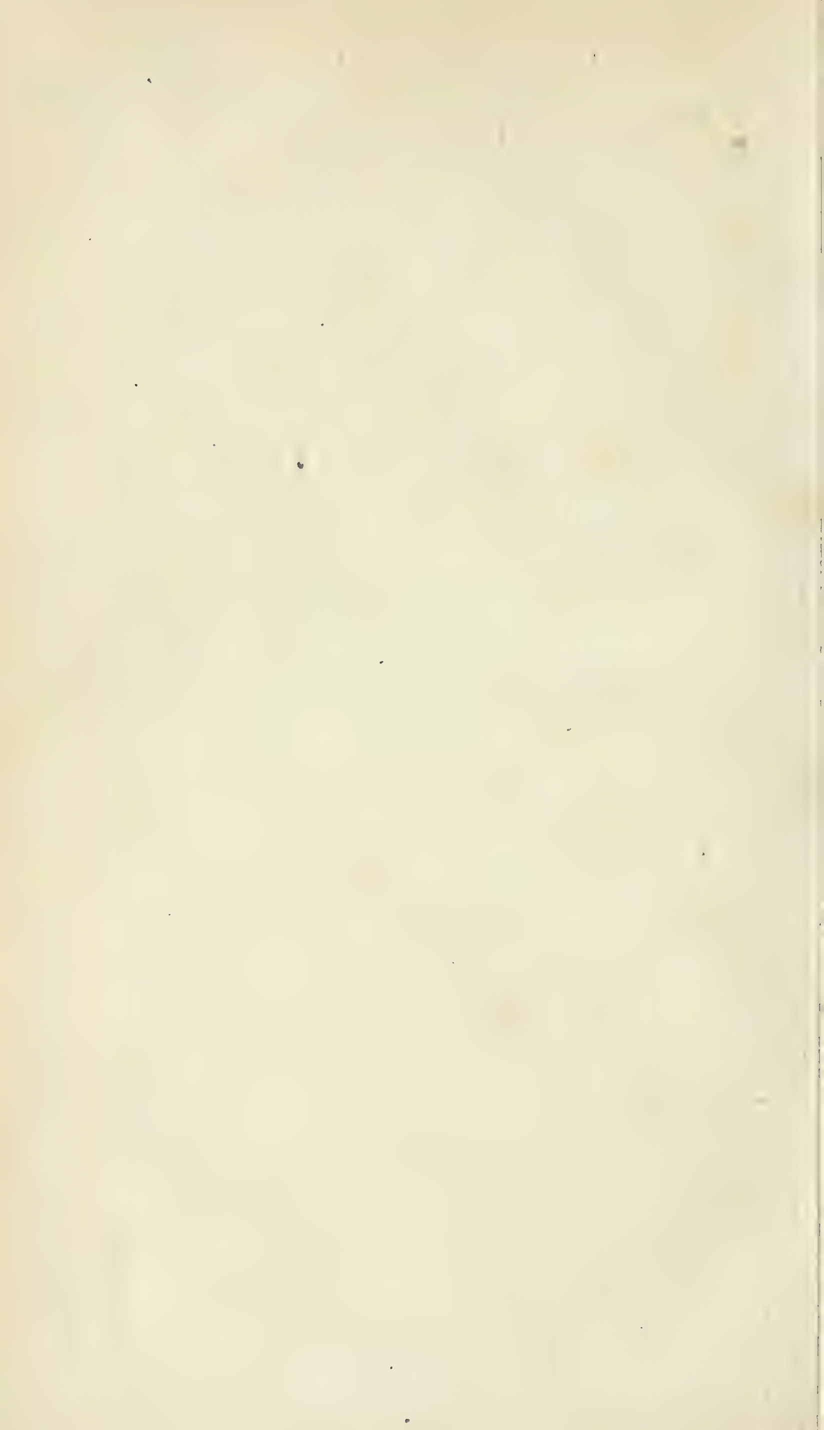
Jene verzögernden Einwendungen, welche keinen Einfluß haben auf die Form, in welcher der Rechtsstreit oder sie selbst zu erledigen sind, die daher den Richter nicht hindern, sofort nach dem Schlusse des Verfahrens zur Fäl-

lung des Urtheiles über die Streitsache überzugeben, äußern ihre Wirkung auf das Materielle des richterlichen Ausspruches selbst a). Werden sie zur rechtlichen Gewißheit gebracht: so bewirken sie, daß das Begehren des Klägers entweder gänzlich oder doch in einzelnen Punkten als unstatthaft erkannt wird, je nachdem sie das Klagbegehren durchaus, oder nur einzelne Theile desselben betroffen haben. Tritt der wegen einer verzögernden Einwendung des Geklagten abgewiesene Kläger in der Folge mit derselben Klage wider den letztern auf, und haben sich die Umstände in der Zwischenzeit so geändert, daß dermahl zu jener dilatorischen Einwendung, wegen welcher die Abweisung erfolgte, kein Grund mehr vorhanden ist: so kann der Geklagte von der Einwendung der entschiedenen Sache keinen Gebrauch machen, weil aus den Entscheidungsgründen des frühern Urtheiles zu ersehen ist, daß nicht Unrichtigkeit der Forderung, sondern die damahls bestandene Nichtklagbarkeit derselben, welche sich aus der Einwendung darstellte, der Grund der Abweisung war.

a) Die Einwendung der Competenz wirkt jedoch nur auf das Executionsgesuch, weil sie weder die Richtigkeit noch die Einklagbarkeit der Forderung des Klägers anficht.

Verbesserungen.

Seite.	Zeile.	statt:	ist zu lesen:
7	1 v. o.	aufzusuchen	anzusuchen
„	4 „ „	Anordnung	Anwendung
„	17 v. u.	beigeschossen	beigeschlossen
10	2 v. o.	zerstóriche	zerstórliche
31	12 v. o.	hat das Wort »außergerichtlich« wegzubleiben.	

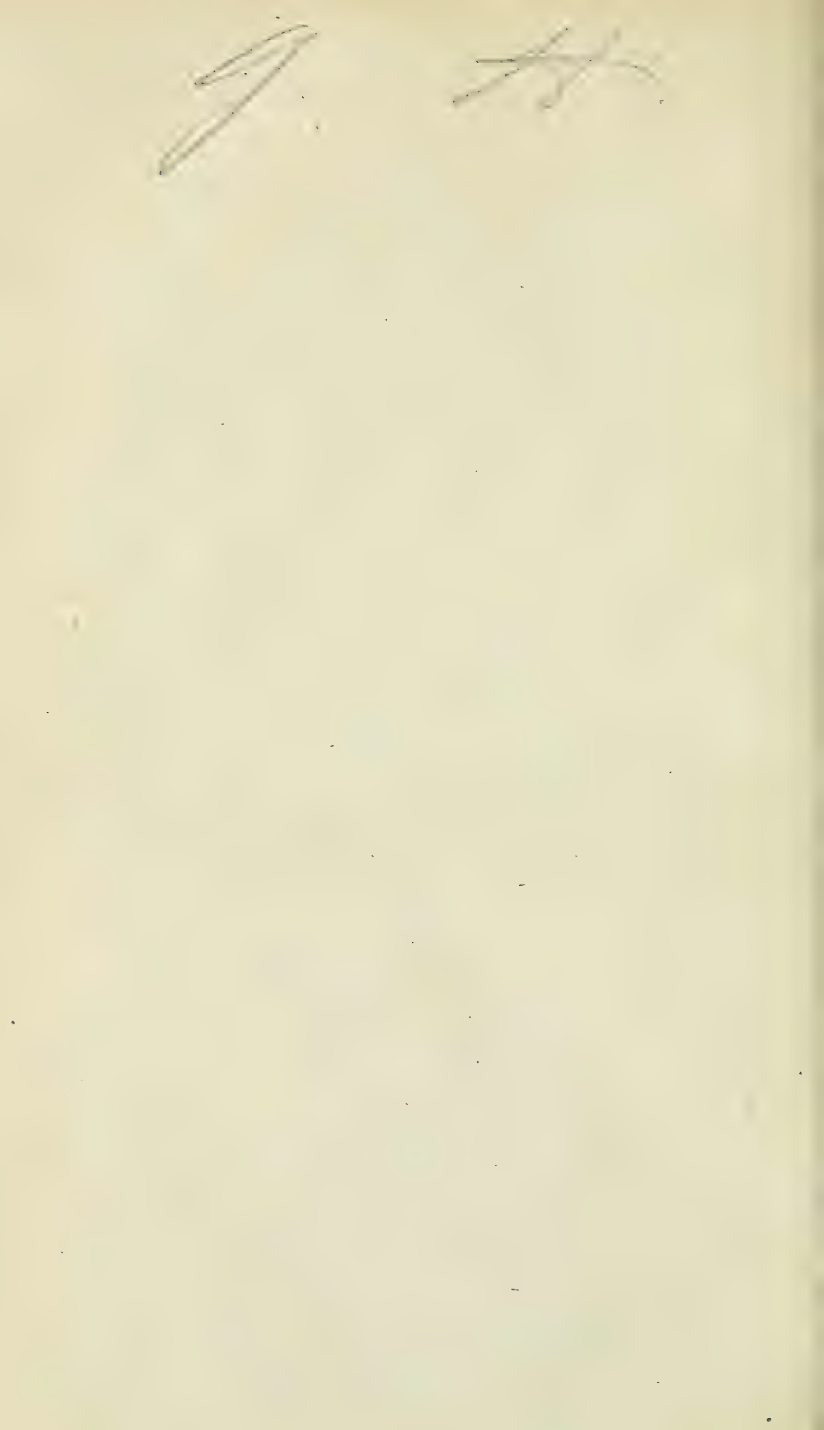






E. F.

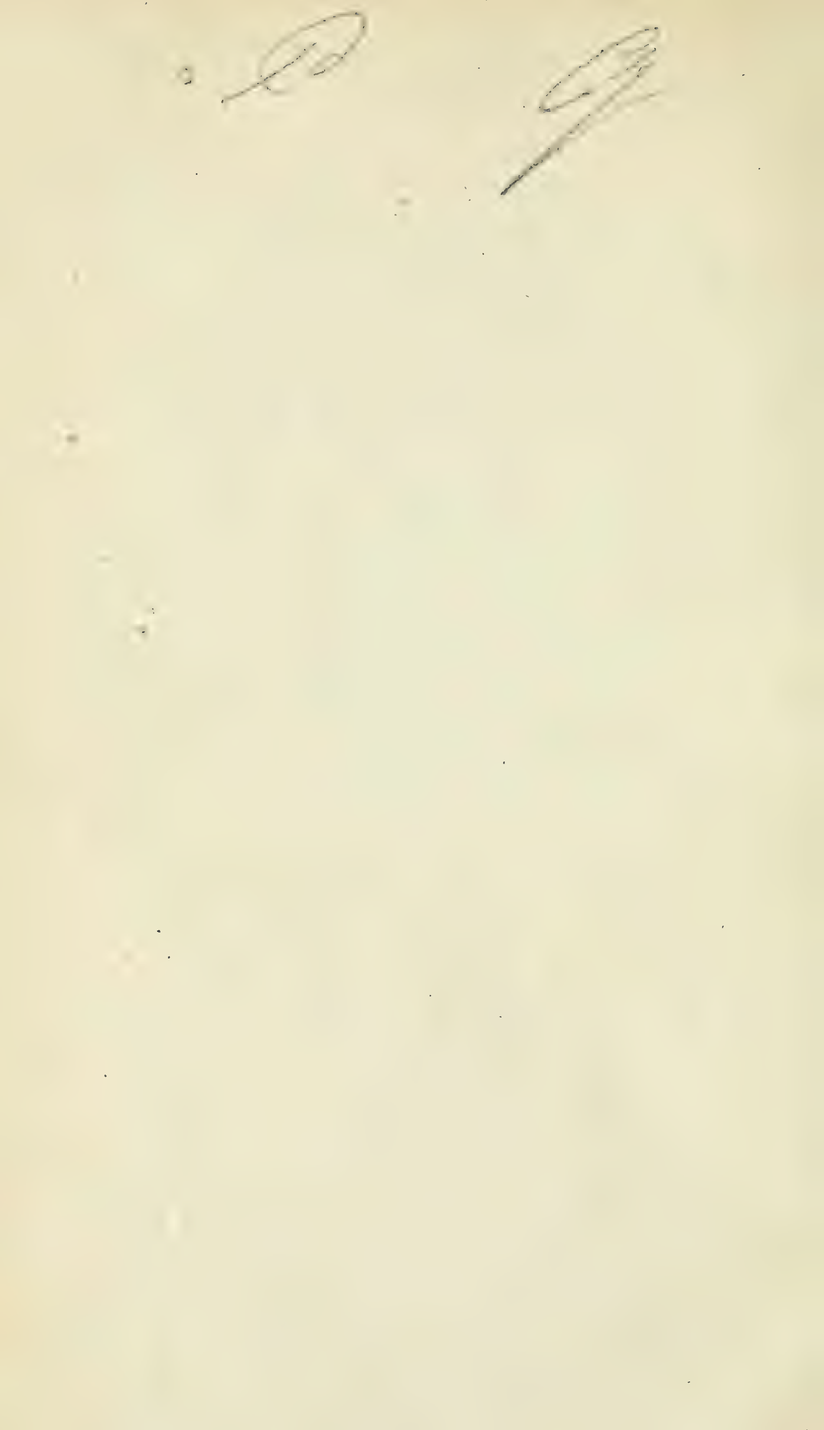
Seite



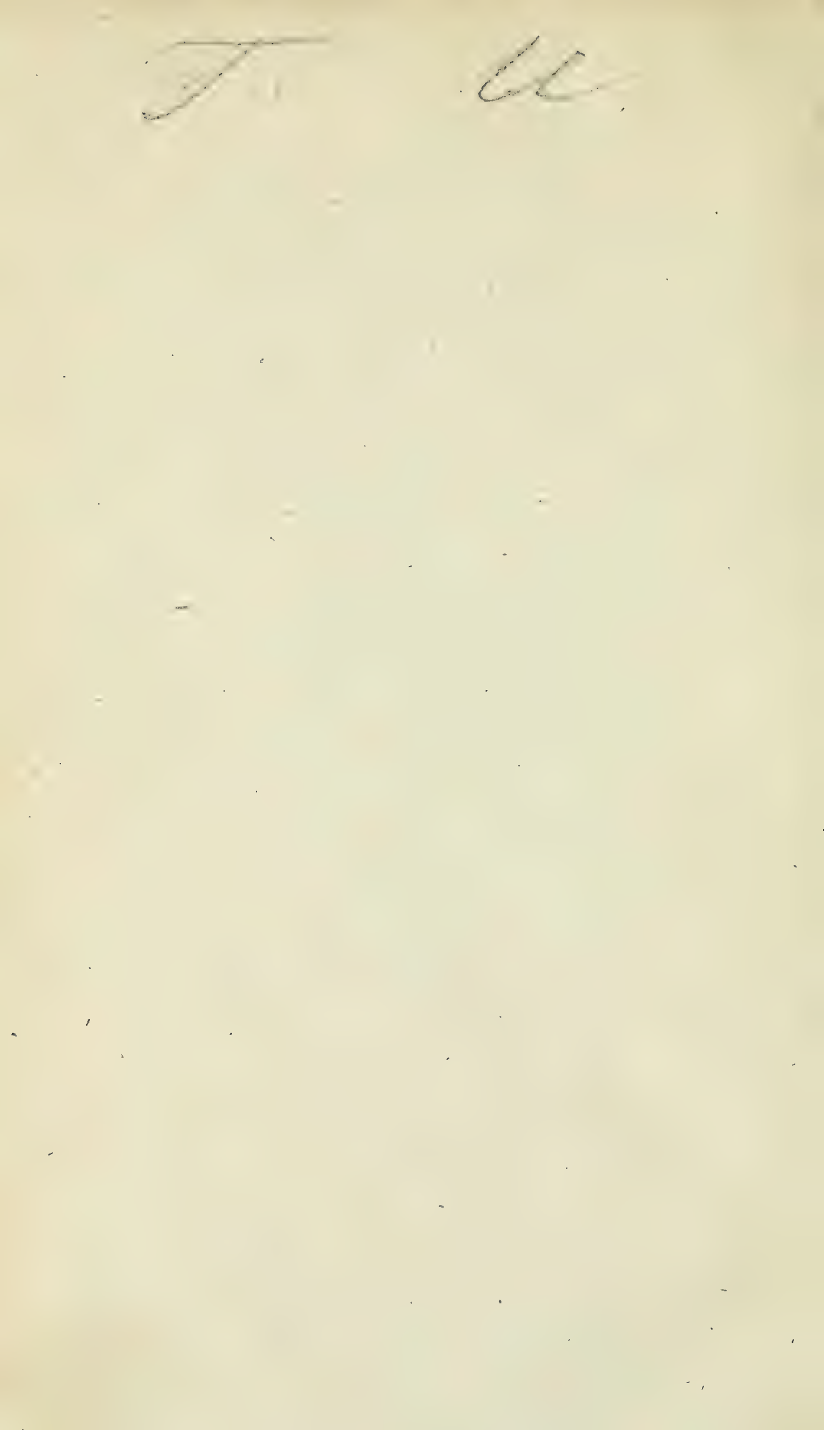










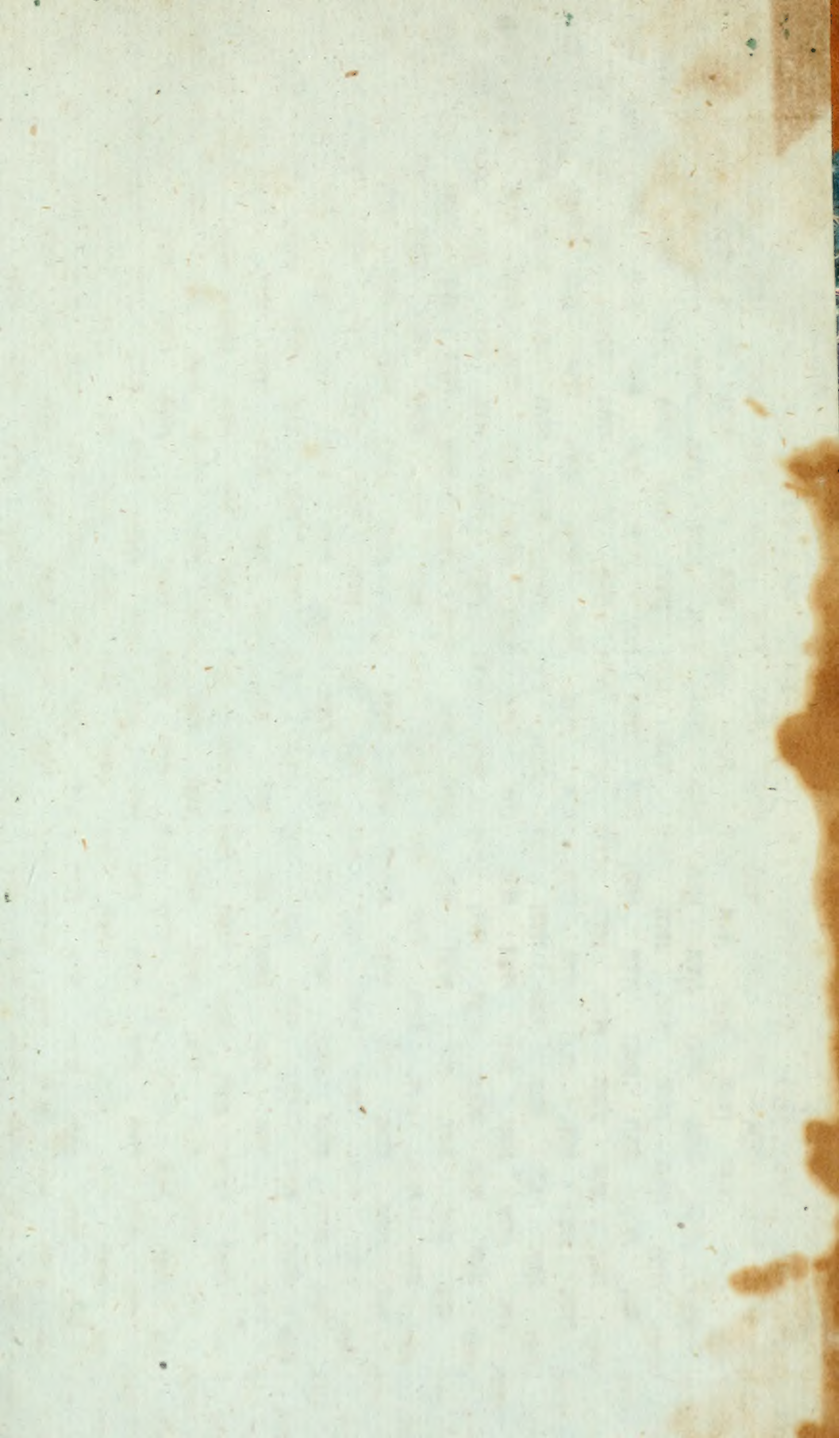













UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 11 13 10 07 002 4